

وجد أنه من الملائم تطبيق نفس القاعدة بالنسبة لآثار الزواج تحقيقاً
للتجانس في القانون الذي يحكم نظام الأسرة. (1)

وقد ذكر بعض الفقهاء أن هذه المادة تقرر قاعدة من القواعد ذات
التطبيق الضروري أو من قواعد البوليس والأمن (2) بينما قرر البعض أنه
يبدو من تاريخ نص المادة 14 أن الاستثناء المقرر بها على هذا النحو قد أريد
به عدم الفصل بين القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للزواج
والقانون الذي يسرى على آثار الزواج فمما دام القانون المصري هو الواجب
تطبيقه على الشروط الموضوعية للزواج فيما لو كانت الزوجة متمتعة
بالجنسية المصرية وقت الزواج وفقاً لحكم المادة 14 فيكون من الخير أن
يسرى هذا القانون على آثار الزواج. (3)

* موقف القضاء المصري

لقد تعامل القضاء مع هذا الاستثناء بسلاسة ويسر فقد قضت
محكمة الإسكندرية الابتدائية في كثير من أحكامها بالقول : " وحيث
إنه عن القانون الواجب التطبيق ولما كانت المادة 13 من القانون المدني قد
قضت وقد استتت المادة 14 من القانون المدني من قاعدة الإسناد

- (1) أشار إليها د: / فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ... ص 234، 235 ، ويتابعه
د/ جمال الكردى - دروس .. ص 346
- (2) / أحمد سلامة - القواعد ذات التطبيق الضروري وقواعد القانون العام في القانون
الدولى الخاص - دراسة تحليلية تطبيقية - دار النهضة العربية - القاهرة الطبعة
الأولى 1985 - بند 42 ص 54 وما بعدها .
- (3) / هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون ص 295

على نطاق المادتين 12، 13 من القانون المدنى فقط ومرتبطة بنطاق هاتين
المادتين .

الشرط الثانى :- أن تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج .

هذا الشرط يمثل الفرضية الوحيدة التى يمكن إعمال الاستثناء
المائل معها ، وهذا يعنى أن تكون الزوجة مصرية وقت انعقاد الزواج ، فإذا
ما أصبحت مصرية بعد انعقاد الزواج لم يكن للاستثناء المائل معها سبيل ،
وإذا ما فقدت هذه الجنسية من بعد انعقاد الزواج فإن هذا الفقد لا يؤثر فى
إعمال هذا الاستثناء حيث يسرى عليها أيضاً ، فإذا لم تكن الزوجة
مصرية وقت انعقاد الزواج ، أو أصبحت مصرية بعد انعقاد الزواج لم تكن
بصدد إعمال الاستثناء المائل .

الشرط الثالث :- أن يكون الزوج أجنبياً وقت انعقاد الزواج .

لأن الزوج إذا كان مصرياً وقت انعقاد الزواج فإن القانون المصرى
سيكون هو الواجب تطبيقه طبقاً لقاعدة الإسناد المنصوص عليها بالمادة
1/13 ، فإذا ما أصبح الزوج مصرياً بعد انعقاد الزواج فلا يؤثر فى إعمال
الاستثناء المائل .

الفرع الثالث

مبررات هذا الاستثناء القانونى .

فى الواقع وجد ما يبرر هذا الاستثناء قانونياً وقضائياً وفقهياً .
المبرر القانونى : يستفاد من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى أن
سبب هذا الاستثناء هو الرغبة فى تلافى ما قد يترتب على قاعدة الإسناد
الخاصة بالشروط الموضوعية للزواج من اعتبار زواج المصرى المسلم صحيحاً
وفقاً للقانون المصرى ، وباطلاً وفقاً لقانون جنسية الزوجة الأجنبية ، وقد

القوانين رغبة في ربط من يحمل الجنسية المصرية بالنظام القانوني وبالوطن المصري ولا سيما لتحقيق الحماية للطرف المصري المسلم الذي يتزوج من أجنبية أو أجنبي. (1) كما أن له ما يبرره في الفقه الإسلامي. (2)

المطلب الثاني

نطاق الاستثناء ومأخذه والقانون المصري المعمول عليه به

إن المادة 14 من القانون المدني التي تحمل في طياتها الاستثناء المائل لها نطاق لا تتعداه، وقد أخذ الفقه على هذا الاستثناء مأخذاً، وعولت المادة على القانون المصري فما المقصود به هنا ؟

(1) أحمد سلامة - المختصر ص 259.

(2) حيث إن العلاقة التي يكون أحد أطرافها مسلماً يجب فيها تطبيق أحكام الإسلام دائماً مهما كانت دينانة الطرف الآخر ويكاد أن يكون هذا الحكم محل اتفاق وإجماع. انظر الشيخ محمد أبو زهرة - العلاقات الدولية في الإسلام دار الفكر العربي 1415 هـ / 1995 م - ص 62، 63، 74. الشيخ عبد الله مصطفى المراغي - الشريعة الإسلامية لغير المسلمين - مكتبة الآداب بالجامع - ص 19، 20، 21، 41، 48، ابن القيم - أحكام أهل الذمة - دار الحديث ... القسم الأول ص 218، 281، الإمام القرطبي أحكام القرآن - دار إحياء التراث العربي - بيروت - لبنان ج 6 ص 184، د/ محمد الحسني مصلحي - بحوث ودراسات في القانون الدولي لحقوق الإنسان مقارناً بالشريعة الإسلامية - دار النهضة 1988 م - ص 238، د/يوسف الخليفة، أ/ أحمد عبد الحليم كفالة الإسلام لحقوق غير المسلمين - مطبوعات المؤتمر العالمي الأول لتطبيق الشريعة الإسلامية بالسودان - سبتمبر 1984 م - ص 243 - موسوعة الأعمال الكاملة للإمام ابن القيم - جامع الفقه د/يسري السيد محمد ج 7 ص 188.

سאלفة الذڪر ڪون أحد الزوجين مصرياً وقت انعقاد الزواج فيسرى القانون المصري وحده فيما عدا شرط الأهلية للزواج. (1)

وقضت محكمة القاهرة بتطبيق الشريعة الأرثوذكسية بالنسبة للنفقة باعتبارها قانون الزوجة المصرية بالرغم من أن زوجها يوناني ومن أن القانون الواجب تطبيقه أصلاً هو القانون اليوناني عملاً بنص المادة 1/13 من القانون المدني. (2)

الوضع في الفقه المؤيد

قد اقتنع بعض الفقه بما أورده المقتن المصري وكان مبرراً لديه فهو مبرر لأن نظام الزواج وثيق الصلة بحياة الجماعة الوطنية، ومن الأفضل إخضاعه للقانون الوطني كلما كان أحد أطراف العلاقة وطنياً⁽³⁾ وقد علل البعض هذا قائلًا: ويبدو أن المقتن المصري قد تأثر هنا بمبدأ شخصية

(1) انظر حكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 24 / 1 / 1985 م في القضية رقم 3 لسنة 1984 م - أحوال أجنب المنتره، وحكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 1 / 12 / 1985 م في القضية رقم 1 لسنة 1985 م، حكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 9 / 11 / 1986 م في القضية رقم 3 لسنة 1985 م، وحكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 30 / 11 / 1986 م في القضية رقم 1 لسنة 1985 م وحكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 21 / 12 / 1986 م في القضية رقم 1 لسنة 1988 م انظر في مزيد من هذه الأحكام : د/ هشام خالد في الموسوعة القضائية المسماة بـ/ أحكام الزواج للمصريين من الأجانب ص 19، 25، 32، 40، 45 وغيرها .

(2) حكمها في 6 / 10 / 1953 وقد سبقت الإشارة إليه . ذكره د/ جابر عبد الرحمن -

تنازع القوانين ص 324

(3) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع ص 236، ويتابعه مؤيداً

د/ جمال الكردي - دروس ... ص 348، د/ عكاشة عبد العال - دراسات

ص 249 .

المصرية على آثار الزواج فى الحالة التى يكتسب فيها كلا الزوجين الجنسية المصرية بعد الزواج. (1)

الفرع الثانى المآخذ على هذا الاستثناء.

لم يسلم الاستثناء المائل من المآخذ من الفقه المصرى فقد أخذت عليه عدة أمور :-

أولها :- عدم جدوى الاستثناء الوارد بالمادة 14 مدنى فقد كان من الممكن حماية الطرف الوطنى المسلم عن طريق استخدام الدفع بالنظام العام وترك الأمر لسلطة القاضى التقديرية، كما أن هذا الاستثناء لا يحقق حماية مصلحة المصرى المسلم الذى يكتسب الجنسية المصرية لاحقاً على الزواج. (2)

وقد فتد بعض الفقه هذا المآخذ بالقول بأنه ينبغى عدم التوسع فى استخدام الدفع بالنظام العام نظراً لمرونته وعدم تحديده، كما أن استخدام النظام العام لا يمكن إلا عند تعارضه مع القواعد الأساسية فى الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالطرف المسلم فى الزواج (3) ويضيف البعض : أن استخدام الدفع بالنظام العام لا يفيد إلا الطرف المسلم أما حيث يكون الزوج أو الزوجة غير مسلمة ومصرية لا يفيدها الدفع بالنظام العام. (4)

- (1) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ... ص 238
(2) هشام صادق وآخرون - القانون ص 294، 294.
(3) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ص 236، 237
(4) جمال الكردى - دروس ص 348، 349.

الفرع الأول نطاق الاستثناء المائل

يتمثل نطاق الاستثناء الوارد بالمادة 14 فى خصوص آثار الزواج من جهة الموضوعات ومن جهة الأشخاص، أما عن الموضوعات فإنه يشمل كافة آثار الزواج الشخصية والمالية ولكن بشرط أن تكون داخلة تحت نطاق المادة 1/13 التى تشير إلى القانون الواجب تطبيقه فى آثار الزواج. (1)

أما عن نطاق الاستثناء بالنسبة للأشخاص فى آثار الزواج فإنه محدد بالزوجة المصرية وقت انعقاد الزواج التى تتزوج من أجنبى، فإن هذا هو الفرض الوحيد الذى يمكن فيه إعمال الاستثناء المائل، وهذا الفرض قائم حتى ولو فقدت هذه الزوجة جنسيتها المصرية فى وقت لاحق على الزواج، وحتى لو اكتسب الزوج الجنسية المصرية بعد الزواج. (2) أما عن النطاق الزمنى فيسرى هذا الاستثناء على الحالات التى تكون الزوجة فيها مصرية وقت انعقاد الزواج، ويرى بعض الفقه أنه كان يجب تطبيق القانون

- (1) وقد ورد النطاق الموضوعى عاماً عند بعض الفقه بدون تحديد النطاق الذى تشمله المادة 1/13 من ذلك قول د/ أحمد سلامة - المختصر : وفى خصوص آثار الزواج يسرى القانون المصرى على الآثار الشخصية والآثار المالية التى يرتبها عقد الزواج إذا كان الزوج أو الزوجة مصرياً وقت انعقاد الزواج ... ص 260.
(2) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ... ص 235، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون ... ص 295، د/ أحمد سلامة - المختصر ... ص 260، د/ محمد كمال فهمى - أصول ... ص 552، د/ جمال الكردى - دروس ... ص 247.

وثانيها : وقيل فيه إن هذا النص محل انتقاد لأنه يسرى فى الحالة التى يكون فيها أحد الزوجين مصرياً وقت الزواج ولو أصبح أجنبياً بعد ذلك، فى حين أنه لا يسرى فى الحالة التى يكون فيها الزوجان أجنبيين وقت الزواج ويكتسبان معاً أو أحدهما الجنسية المصرية بعد ذلك .⁽¹⁾ وقد أجاب البعض على ذلك بأن العبرة بالقانون الذى تم الزواج فى رحابه وأنه من الإجحاف إعطاء أحد الزوجين الحق فى التفرد بتغيير القانون الواجب تطبيقه وذلك بتغييره الجنسية لما يهوى .⁽²⁾

وثالثها : أن هذا الاستثناء غير مجدى بالنسبة لآثار الزواج إذا كان الزوج مصرياً وقت الزواج .⁽³⁾ والواقع أن هذا المآخذ غير ذى بال فالقانون المصرى سيكون هو الواجب تطبيقه .

الفرع الثالث

المقصود بالقانون المصرى المعمول عليه فى الاستثناء .

عول نص المادة 14 الذى أورد الاستثناء على القانون المصرى كبديل عن قانون الزوج فى آثار الزواج فما المقصود بالقانون المصرى هنا ؟ كان النظام القانونى المصرى مركزياً تتعدد فيه الشرائع، حيث يوجد إلى جوار الأحكام القانونية أحكام الشريعة الإسلامية والشرائع المللية، فإذا ما كانت الزوجة المصرية مسلمة وجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية عليها .⁽⁴⁾ وقد قضت محكمة الإسكندرية "وحيث عن

- (1) محمد كمال فهمى - أصول ص551، 552 .
 (2) فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ص237
 (3) محمد كمال فهمى - أصول ص551
 (4) فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول .. ص239، ويتابعه د/ جمال الكردى - دروس ... ص350، 351

القانون الواجب تطبيقه فإن الفقرة الأولى من المادة 13 وأن المادة 14 ولما كان الثابت من الأوراق أن المدعية مصرية الجنسية فإن القانون المصرى يكون هو الواجب تطبيقه على هذه الدعوى، وإذا كان المتدعيان مسلمى الديانة فإنه يجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية طبقاً للراجح من مذهب أبى حنيفة فيما لم يتناوله التشريع الوضعى عملاً بالمادة 280 من المرسوم بقانون 87 لسنة 1931م⁽¹⁾

وفى حكم آخر لها طبقت القانون رقم 25 لسنة 1929م وذلك بخصوص طلب نفقة زوجية ونفقة مطلقة..⁽²⁾ فإذا كانت الزوجة المصرية غير مسلمة ومختلفة مع زوجها الأجنبى فى الملة أو الديانة فيجب إعمال أحكام الشريعة الإسلامية ومن ذلك ما قضت به محكمة الإسكندرية فى قضية طرفاها زوجة أجنبية غير مسلمة وزوجها مصرى غير متحد معها فى الطائفة والملة وبخصوص نقل حضانة صغير قررت المحكمة وحيث إنه لما كان المقرر بنص المادة 1/13 وكان الزوج مصرياً فقد طبقت المحكمة الماثلة أحكام الشريعة الإسلامية وذلك فى ظل المادة السادسة فقرة ثانية من القانون 462 لسنة 1955م الملقى بالقانون رقم 1 لسنة 2000م وذلك للاختلاف بين الخصوم فى الطائفة والملة "⁽³⁾

- (1) حكمها بجلسة 1986/11/9 فى القضية رقم 3 لسنة 1985م أحوال جزئى . د/ هشام خالد - الموسوعة القضائية . أحكام زواج ص32 : 36 .
 (2) حكمها بجلسة 30 / 11 / 1986م فى القضية رقم 1 لسنة 1985م . د/ هشام خالد - أحكام ... ص40 : 44
 (3) حكمها بالجلسة المنعقدة بتاريخ 25 / 1 / 1987م فى القضية رقم 1 لسنة 1986م . د/ هشام خالد أحكام ص54 : 57

الزوجة المسلمة، وفى حق الزوجة غير المسلمة متى تخلفت شروط
إعمال شريعتهم الخاصة التى حوتها المادة الثالثة من القانون رقم 1
لسنة 2000م .

(3) تطبيق أحكام الشريعة المالية الخاصة بالزوجة غير المسلمة وذلك متى
انطبقت فى حقها شروط المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة
2000م .

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

فى الواقع إن الاستثناء المائل يوجد بينه وبين الفقه الإسلامى تقارباً
واضحاً حيث يحاول جاهداً بسط سيادته التشريعية على أكبر نطاق
ممكّن ولكن جوهر الاستثناء المائل يختلف فى القانون عن الفقه
الإسلامى من ثلاثة نواح

أولاً:- الأصل والاستثناء

إذا كان الأصل فى قاعدة الاستثناء التى وضعها المقتن المصرى هو
وجوب إعمال قانون الزوج أيما كانت جنسية ذلك الزوج وطنية أو أجنبية
فإن الاستثناء عن ذلك الأصل فى القانون المصرى هو وجوب إعمال القانون
المصرى وحده على آثار الزواج متى كانت الزوجة مصرية . وهذا بخلاف
الفقه الإسلامى الذى كان الأصل فيه إعمال أحكام الإسلام على آثار
الزواج والاستثناء هو إعمال ملة أو دين أو معتقد غير المسلمين فى آثار
الزواج .

ثانياً:- القانون المسند إليه فى الاستثناء

لقد جعل المقتن المصرى القانون المشار إليه بمقتضى قاعدة الإسناد
الخاصة بالاستثناء هو القانون المصرى، بخلاف الفقه الإسلامى الذى جعل

فإذا كانت الزوجة مصرية غير مسلمة وانطبق فى شأنها شروط
المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م وذلك بأن كان لها قضاء على
منظم قبل صدور القانون 462 لسنة 1955م وكان الزوجان متحدى الملة
والطائفة فإنه يجب إعمال أحكام الشريعة المالية للزوجة المصرية وقد
قضت محكمة القاهرة " بتطبيق الشريعة الأرثوذكسية بالنسبة للنفقة
باعتبارها قانون الزوجة المصرية بالرغم من أن زوجها يونانى ومن أن القانون
الواجب تطبيقه أصلاً هو قانون الزوج [القانون اليونانى] عملاً بنص المادة
1/13 من القانون المدنى وقد ترك العمل به التزاماً بالحكم الوارد بالمادة
14 من القانون المدنى المصرى " (1)

وعلى ذلك يمكن القول بأن القانون المصرى المراد بالمادة 14 من
القانون المدنى كافة التشريعات المصرية التى يحويها النظام القانونى
المصرى بما فى ذلك من شرائع أخرى بجانب الشريعة الإسلامية . (2)

وعلى وجه التحديد يقصد بالقانون المصرى طبقاً للمادة 14 ما

يأتى:-

(1) القواعد القانونية الموحدة التى وضعها المقتن المصرى فى بعض آثار
الزواج كالقواعد التى وضعها فى نفقة الزوجية والمتضمنة فى
القانون رقم 25 لسنة 1929م وتعديلاته اللاحقة، فهذه القواعد
تسرى على جميع الزوجات المصريات مسلمات أو غير مسلمات .

(2) تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وعلى الأخص الراجح من المذهب
الحنفى وذلك فيما لم يرد به نص فى القانون المصرى، وفى حق

(1) حكمها فى 6 / 10 / 1953م وقد سبقت الإشارة إليه

(2) جمال الكردى - دروس ص 35

الفصل الثاني

استبعاد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج (1)

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول: استبعاد القانون الواجب تطبيقه على توارث الزوجين لمخالفة

النظام العام

المبحث الثاني : استبعاد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج دفعاً

بالنظام العام

المبحث الثالث : استبعاد القانون الأجنبي في مجال جنسية الزوجين دفعاً

بالنظام العام .

(1) [يعد إعمال أحكام القانون الأجنبي] فإن استبعاده ركن أساسي في موضوعات أساسية في القانون الدولي الخاص ، وبالتالي فلا يمكن والحال كذلك أن أتجاهل دراسة استبعاد القانون الواجب تطبيقه .

القانون المشار إليه بالاستثناء هو قانون أو شريعة أو ملة أو معتقد غير المسلمين .

ثالثاً:- مناهج الإسناد في الاستثناء

لقد جعل المقتن المصري من الجنسية المصرية ضابطاً للإسناد في هذا الاستثناء ، بينما كان ضابطاً للإسناد ويخصوص الإسناد في الفقه الإسلامي هو قانون أو شريعة أو ملة أو معتقد غير المسلمين . وأن الاستثناء في القانون المصري لصالح القانون المصري بخلاف الفقه الإسلامي الذي جعل الاستثناء لصالح قانون أجنبي لغير المسلمين .

المواضع التى نص المقتن فيها على "مصطلح النظام العام" كثيرة، فقد ورد النظام العام لاستبعاد شرائع غير المسلمين فى قوانين الأحوال الشخصية، حيث تنص المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2000م على أن: "تصدر الأحكام طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية ومع ذلك تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بين المصريين غير المسلمين الطائفة والملة الذين كانت لهم جهات مليية منظمة حتى 31 ديسمبر سنة 1955م طبقاً لشريعتهم فيما لا يخالف النظام العام" (1) وعند إرادة تنفيذ حكم أجنبى فى مصر قرر المقتن ذات الدفع فنص فى المادة 298 على أنه "لا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتى :-

- 1- ...، 2- .. 3- 4- ... وأن الحكم الأجنبى لا يتضمن ما يخالف النظام العام أو الآداب فيها" وعند إعمال قانون أجنبى أشارت إليه قاعدة الإسناد نص المقتن على الدفع بالنظام العام وذلك فى المادة 28 من القانون المدنى بقولها: "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر" فلما كان إعمال شرائع غير المسلمين فى مصر، وتنفيذ الأحكام الأجنبية، وتطبيق قانون أجنبى رهناً بموافقة مقتضيات النظام العام فى مصر، كان جديراً بأن أخصص له هذا الفصل، ولكن موضوع النظام أكبر من أن تستوعبه هذه الصفحات فقد رأيت أن أقتصر على الدفع بالنظام العام فى مواجهة القانون الأجنبى الواجب تطبيقه على آثار الزواج الثلاثة وهى الجنسية والميراث والنفقة وقبل هذا ما المقصود بالنظام العام؟ وما الأثر المترتب عليه؟

(1) وهذه المادة تقابل المادة السادسة من القانون رقم 462 لسنة 1955م الملغية .

أولاً : المقصود بالنظام العام

إن مصطلح النظام العام مررن ومطاط ويستعصى على التحديد الدقيق وقد عرفه البعض بأنه : " مجموعة الأسس التى يقوم عليها كيان الجماعة السياسى والاقتصادى والاجتماعى والخلقى والدينى للدولة، والذى لا يمكن بقاء هذا الكيان سليماً دون استتاده واستقراره على تلك الأسس . (1)

وقد جاءت تعريفات النظام العام كلها على هذا النحو فى ألفاظ عامة وواسعة وبعبارة عن الجدل الشديد والتعريفات المبهمة وقد استحال عند الفقه وضع تعريف جامع لمفهوم النظام العام (2) ولذا أرى أن مفهوم النظام العام هو ما يقابل مفهوم الأحوال الشخصية فى الوضع الداخلى، أما مفهوم النظام العام فى نطاق القانون الدولى الخاص فإن كل علاقة فيها طرف مسلم فالشريعة الإسلامية هى النظام العام، فإذا خلت العلاقة من

(1) انظر هذا التعريف : د/ عبد المنعم البدر اوى - أصول القانون - ط 1972م ص 146 - د/ عبد الرزاق حسن فرج المدخل لدراسة القانون 1993م - فقرة 48 ص 36 - د/ رأفت حماد - المدخل لدراسة العلوم القانونية ط 1986م - ص 110، وقد عرفه آخر بقوله : بأن المشرع يقصد أن تطبق من قواعد الشريعة الخاصة بمتحدى الملة ما لا يصطلم مع أية قاعدة مقرره فى التشريع المصرى أو المصنادر التى يعتد بها التشريع المصرى، وهذه القواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة " / إهاب حسن إسماعيل - شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف المليية - دار القاهرة للطباعة - ط 1 - 1957م - بند 15 ص 51 .

(2) انظر فى القول بصعوبة التحديد الدقيق : د/ أحمد سلامة - المختصر - ص 183 وما بعدها - د/ هشام خالد النظرية العام لتنازع القوانين - الطبعة الثامنة 2002 ص 736 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد أصول تنازع القوانين ص 133 وما بعدها

طرف مسلم فإن النظام العام يتمثل فى الحفاظ على القواسم المشتركة للإنسانية والتى تحافظ على كيان الإنسان باعتباره إنساناً بغض النظر عن دينه وجنسه . وبمعنى آخر إذا كنت قد حددت مفهوم الأحوال الشخصية كما سبق فى تمهيد هذه الدراسة وهى الأحوال التى سمحت فيها الشريعة العامة للدولة بتطبيق الشرائع المليية فى حق أصحابها وذلك بما لا يتجاوز الشخص وأسرتة، وبما لا يتصل بكيان المجتمع، أما ما لم تسمح به الشريعة العامة أو وحدت به الاختصاص فمخالفته مخالفة للنظام العام الداخلى، أما النظام الخارجى فله شقان :-

الأول : إذا وجد فى العلاقة طرف مسلم فمخالفة القانون الواجب تطبيقه حينئذ تتمثل فى مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أما الشق الثانى : فيتمثل فى كل ما فيه إهدار لحقوق الإنسان، أو حرياته، أو فيه ظلم وإجحاف بين فى حق أحد الطرفين أو كلاهما (1)

وفى الفقه الفرنسى : إن الدفع بالنظام العام يتصدى لتطبيق القوانين الأجنبية التى تخالف مبادئ الأخلاق والعدالة " (2) وكذلك يتصدى لتلك القوانين التى تخالف مبادئ القانون العام أو الخاص والقيم المشتركة بين الأمم المتحضرة ومن ثم يسمح الدفع بالنظام العام باستبعاد

(1) وقريباً من هذا المعنى : د/ محمد وليد هاشم المصرى - محاولة لرسم معالم النظام العام الدولى العربى بمفهوم القانون الدولى الخاص - مجلة الحقوق - الكويت - العدد الرابع - السنة السابعة والعشرون - ديسمبر 2003م ص 147 وما بعدها .

انظر

5 Lou ssouann (y) et Bourel Pierre Droit international prive Dalloz edition ed 1996

بند 252 ص 291 وقد استعنت فى ترجمته بـ د/ نادية فرج (2) ذات المرجع - ص 291

والراجح في الفقه المصري هو أن الاستبعاد الجزئي للجزئية التي تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي فقط⁽¹⁾ وفي الفقه الفرنسي حيث اتفق الفقه والقضاء المعاصر على تحديد النظام العام باعتباره مصطلح استثنائي Conrekipr exceptionnel

يسمح باستبعاد القانون الأجنبي المخصص عادة وذلك عندما يتضمن هذا القانون نصوصاً غير مقبولة أمام القضاء الذي ينظر النزاع، وأنه من المفترض أن توحد وحدة قانونية Commu Aaute dednoit نسبية غير أن هذه الوحدة قد لا توجد فيكون القانون الأجنبي المعنى مخالفاً للقانون الوطني بشكل مطلق في خصوص الأفكار السياسية والاجتماعية⁽²⁾

وقد أيد القضاء المصري الاستبعاد الجزئي للقانون المصري فمن ذلك قضاء محكمة استئناف الإسكندرية بقولها : " ليس صحيحاً أن مطلق وجود حكم في القانون الأجنبي يخالف النظام العام في مصر يترتب إبطال العمل بالقانون المذكور برمته فإن هذا المذهب ليس له من القانون سند والظاهر من المادة 28 أن المراد به الحكم المخالف فقط ... " (3)

(1) انظر في الفقه الفرنسي :-

- Yvon Loussourn Droit international prive DALLOZ ، 5 edition 1996

بند 252 - ص 290، 291 . وقد استعنت في ترجمته بـ د/ نادية فرج

(2)

(3) حكم استئناف دائرة الأحوال الشخصية للأجانب في 17 / 3 / 1963م، وأشار إليه د/ هشام صادق - الموجز ... ص 189 .

هذا القانون المخالف الذي تشير إليه قاعدة الإسناد في القانون الفرنسي وذلك عندما يسفر هذا التطبيق عن اختلاف وتناقض مع الأهداف المنفوية والاجتماعية والاقتصادية مما سبب للمصلحة الفرنسية خطأ جسيماً مع ما يفوق اعتبارات المعاملة الدولية أو التضامن الدولي⁽¹⁾

وغالباً ما يتحد مفهوم النظام العام في مفهوم الفكر العريي وذلك للاشتراك في الموروث الثقافي والخالقي والاجتماعي فيقول البعض في تعريفه : بأنه مجموعة الركائز الجوهرية لكيان الدولة الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي وهو مجموعة القوانين التي تهم حقوق المجتمع وتحقق المصلحة العامة " (2) وهو بذاته ما قررته محكمة النقض المصرية في أحكامها (3) ولما كان مفهوم النظام العام مرناً ومطاطاً ويستعصى على التحديد الدقيق فإن محاولة وضع تعريف جامع مانع له فيه نوع من التكلف لأن النظام كان وهو قائم الآن وسيظل صمام أمان مما يستجد ومما يستتكر بتوالي الأيام .

ثانياً : الأثر المترتب على الدفع بالنظام العام .

في الواقع أن الدفع بالنظام العام في وجه القانون الواجب تطبيقه يترتب أثرين . الأول : استبعاد القانون الواجب تطبيقه، والثاني : هو حلول قانون القاضي محله .

(1) د/ محمد وليد هاشم المصري - محاولة لرسم معالم النظام العام - ص 151

(2) نقض مدني مصري - مجموعة أحكام النقض - 1979م ص 277

(3) د/ هشام صادق - الموجز ص 188، د/ طلعت محمد نويار - القانون الدولي الخاص السعودي - منشأة المعارف بالإسكندرية 1417هـ / 1418هـ - ص 312

المبحث الأول

استبعاد القانون الواجب تطبيقه

على نوازل الزوجين مخالفة النظام العام

عندما تشير قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون أجنبي واجب التطبيق على ميراث الزوجين، فإن هذا القانون المشار إليه قد يمنع من إعماله تعارضه مع النظام العام في دولة القاضي، فكيف يتحقق هذا التعارض مع مفهوم النظام العام ؟

إن بيان ماهية ذلك الإختلاف مع النظام العام تستلزم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين بيانهما كالآتي :-

المطلب الأول : الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون المورث في

ميراث الزوجية في الفقه .

المطلب الثاني : الدفع بالنظام العام في ميراث الزوجين في صورة

الأربع .

المطلب الأول

الدفع بالنظام العام في مواجهة قانون المورث

في ميراث الزوجية في الفقه .

يستلزم البحث في هذا المطلب التعرض لموقف الفقه المصري

والتعرض لموقف القانون والفقه المقارن وذلك في الفرعين التاليين :-

ويترتب على استبعاد القانون الأجنبي المعين بقاعدة التنازع حلول قانون القاضي محله فيما استبعد الأول منه (1)

(1) هشام صادق - الموجز ص 190، وانظر في الفقه الفرنسي :-

- Lousouan (y) etBowrel (p) ،
بند 290، 291 ، DROIT
INTERNATIONAL PRIVE MOnchrestien be ed GEdionN .
- man 1965 J . D . 1 . 1966 ، note ponsamd .
- C . E . ASS - 11 juill . 1980 Rev - cnit - 1981 . 658 .
- Lousouarn (y) ، Droit international 70 ed . 2001 ...
- بند 85 - 349، بند 291 - 355، بند 311 ص 371
- E . poisson ، les nela rions entre epoudu daus les necchen
codiBicarionsdu ds int - pn ، Rev nidn - pn - 1967 ، p . 277
Muin watt ، perites ches، 2001 ، nobz ، p . 59 .

الفرع الأول

موقف الفقه المصري

لم تتفق كلمة الفقه المصري على كلمة سواء فمنهم من رأى "أن القانون الأجنبى هو الذى يحدد صفة الوارث ودرجات الورثة ونصيب كل وارث ومن ثم يدفع فى مواجهة بالنظام العام إذا حدد صفة الوارث لولد غير شرعى، أو ولد الزنا، وأن اختلاف الأنصبة بين القانون المصرى والقانون التركى " حيث إن الأخير يسوى بين الذكر والأنثى فى الميراث بخلاف القانون المصرى المستمد من الشريعة الإسلامية " وهو بذلك لا يخالف النظام العام فالمساواة بين الذكر والأنثى ليس له ثمة تأثير على مصلحة الجماعة المصرية " (1) ويرى آخر : "أن مجرد الاختلاف بين أحكام القانون الأجنبى وقانون القاضى لا تعد مخالفة للنظام العام، وإنما العبرة بقيام موانع للميراث فى القانون الأجنبى تنطوى على أحكام تعسفية وأسس عنصرية ترتبط باللون أو الجنس أو حرمان الإناث من الميراث. (2)

ويرى آخر : "أن القانون الأجنبى يعتبر مخالفاً للنظام العام إن قرر منع الميراث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو إذا كان يجيز ميراث القاتل للمورث، أو يورث ابن الزنا من أبيه أو من أقارب الأب، أما ميراثه من الأم أو أقاربها فهو جائز وفقاً للمادة 47 من قانون الموارث. (3) وفى لفظ

- (1) د/ حامد زكى - موارث الرعايا الأتراك فى مصر - مجلة القانون والاقتصاد - السنة 18 - بند 28 - ص 644 وما بعدها .
(2) د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين 2004 / 2005 م - بند 234 - ص 266، 267، 268 .
(3) د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفظة الحداد - القانون ص 322، 323، 324 .

عام يقول آخر : "وجوب استبعاد القانون الأجنبى إذا كان يقضى مثلاً بحرمان البنات من الإرث، أو بإعطاء الولد الأكبر كل التركة أو بحرمان الوارث من الإرث بسبب اللون أو الجنس كما يستبعد هذا القانون إذا كان يجيز إرث الولد الطبيعى من أبيه أو إذا كان يجيز لقاتل المورث أن يرثه " (1) ويضيف فقيه آخر قائلاً : "من ذلك مثلاً القاعدة التى تقضى بأنه لا توارث بين مسلم وغير مسلم، والقاعدة التى تقضى باعتبار القاتل من موانع الإرث فيستبعد القانون الأجنبى إذا كان يجيز توريث القاتل من مقتوله، وكذلك القواعد الخاصة بتوزيع الأنصبة فى شأن ميراث المسلمين (2) ويتابع آخر مردداً ما سبق (3) ويفصل البعض القول فى ذلك قائلاً : "فالقانون الذى يجيز الميراث بين المسلم وغير المسلم أو الميراث لقاتل المورث، أو يورث الابن الطبيعى أو غير الشرعى من أبيه المسلم، أو يجيز التصرف فى تركة إنسان حتى أو يمنع الميراث بسبب الإدانة بحكم جنائى أو لأسباب سياسية، أو يحرم الإناث من الميراث أو يعطى التركة كلها للابن الأكبر " (4)

* تعقيب

يلاحظ على ما سبق أن الأمر لم يحسم لدى الفقه المصرى على نحو قاطع كما أن فيه خلطاً كبيراً وغموضاً يعترى مفهوم النظام العام فى

- (1) د/ جابر جاد عبد الرحمن - تنازع القوانين - دار النهضة العربية 1969 م - ص 456
(2) د/ محمد كمال فهمى - أصول ص 599 وما بعدها
(3) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون ص 242، 243
(4) د/ أحمد سلامة - علم قاعدة التنازع ص 946، 947 ويتابعه فى ذلك : د/ محمود مصلحى، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ... ص 445 وما بعدها .

قانون الميراث في هذه المجالات المختلفة، فالقضاء الفرنسي عند تصفية تركة خاضعة لأحكام قانون أجنبي يمكنه باسم النظام العام أن يرفض الاعتراد بصفة الوارث أو الحصص التي يمنحها له قانون الميراث الأجنبي، وذلك عندما تتعارض مع الأفكار السياسية أو المعنوية بصورة جسمية، فعلى سبيل المثال عندما يوجد مانع من الميراث يقوم على التمييز بين الجنسين، أو يقوم على أسس دينية، أو على الاعتراد بالأصل العرقي، وعلى العكس من ذلك فالاعتراف بالميراث للأولاد الطبيعيين لا يتعارض مع النظام العام في فرنسا (1)

كما يعد في فرنسا مخالفاً للنظام العام التصرف في تركة إنسان

على قيد الحياة (2)

ويلاحظ على الوضع في فرنسا :-

- (1) أنه على خلاف القوانين العربية التي تعتبر أن إثبات الميراث للأولاد الطبيعيين مخالفاً للنظام العام، لا يعد كذلك في فرنسا بل هو مقنن ضمن نصوص قانونها المدني .

= - cass . civ 180 ct - 1988 D . 188 ، 1 . R . 251 Rev n . dn
Int . pn . 1992 . 76 Dotr bno 2

(1) انظر المادة 760 من القانون المدني الفرنسي والتي تقسم التمييز بين الأطفال الطبيعيين والأطفال الشرعيين وهذه المادة لم تقسراً أبداً على أنها تتعارض مع احترام الحياة الخاصة والعائلية التي تعترف بها الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

- cass - ctv - 25 jwin 1996 ، J . C . P 1997 . 1 .
- Loussoman المرجع السابق بند 427 ص 526 .

وانظر بالتفصيل
Dnoit (p) et Bounel (y)
أحمد سلامة - علم قاعدة التنازع ... ص 947 .

مواجهة قانون المورث، وأن العبارات التي صاغها الفقه ما هي إلا أمثلة لنماذج يقع فيها القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام في مصر .

الفرع الثاني

وضع المسألة في القانون المقارن

لاشك أن مفهوم النظام العام يتسع أو يضيق في ظل نظام قانوني عنه في قانون آخر وذلك حسب البيئة والواقع الاجتماعي والسياسي فهو متقارب مع مفهومه في مصر في ظل القوانين العربية، ففي دولة الإمارات العربية المتحدة مثلاً : " لاشك أن القانون الأجنبي يكون مخالفاً للنظام العام إذا رصد موانع من الإرث بسبب اختلاف اللون أو الجنس أو إذا كان يعطى الحق في الميراث القاتل عمداً لمورثه، أو إذا كان يورث الابن الطبيعي من أبيه أو من أقارب أبيه أو كان يعطى التركة كلها للابن الأكبر أو كان يجيز التوارث بين المسلم وغير المسلم ... " (1) وهو الممول عليه في دولة ليبيا (2)

وفي فرنسا : تشكل أبلولة وانتقال الميراث المسألة الخاصة لتسوية الميراث، ويدخل في هذه الأبلولة بصفة خاصة الصفات المطلوبة لدخول الإرث وتحديد الورثة، وتحديد حصص كل واحد منهم ونظرية الإنابة في الميراث (3) وهناك استثناءات أو قيود يمكن مع ذلك أن ترد على تطبيق

(1) / عكاشة عبد العال - دراسات في القانون الدولي الخاص الإماراتي
ص 255، 256، 257

(2) / علي علي سليمان - شرح القانون الدولي الخاص الليبي - ص 110 .
(3) - Yvon lousouarn . Droit internatio nal prive DALLOZ ، 7e
édition 2001
فقرة 27 - ص 526
- cass . civ . 3 janv . 1980 Rev. dn - int . pn . 1980 331 =

عند وجود مانع للميراث قائم على أساس دينى كما هو فى الشريعة الإسلامية التى تمنع ميراث غير المسلم من المسلم وتمنع ميراث المسلم من غير المسلم والشريعة اليهودية التى تمنع ميراث غير اليهودى من اليهودى فإن هذه الموانع فى فرنسا تقع مخالفة للنظام العام ومن ثم استبعاد القانون الذى يكسرس أحكامها .

تتفق كافة الأنظمة على اعتبار الاتفاق الذى يجيز التصرف فى تركة إنسان على قيد الحياة مخالفاً للنظام العام .

المطلب الثانى

الدفع بالنظام العام فى ميراث الزوجين فى صورته الأربعة

إزاء الخلط وعدم التحديد والعمومية البادية من أقوال الفقهاء على النحو السابق، فقد بدا لى أن تحديد النظام العام فى ميراث الزوجين يتم من خلال التمييز بين صور أربع للزواج وهى :-

(1) إذا كان الزوجان مسلمين . 2- إذا كان الزوج مسلماً

والزوجة غير مسلمة .

(3) إذا كان أحد الزوجين وطنياً غير مسلم والآخر أجنبياً غير

مسلم . (4) إذا كان الزوجان غير مسلمين وأجنبيين .

الفرع الأول

إذا كان الزوجان مسلمين

قد يتوفى أحد الزوجين تاركاً خلفه زوجاً مصرياً مسلماً، أو يترك خلفه زوجاً مسلماً غير وطنى، كأن يكون الزوجان أحدهما فرنسياً والآخر ألمانيا وتوطنا فى مصر وتوفى أحدهما وترك الآخر، ففى هذه

الحالات قد يكون القانون الواجب تطبيقه قانوناً أجنبياً أو قانوناً وطنياً، فإذا كان القانون المصرى هو الواجب تطبيقه فلا وجه للدفع بالنظام العام معه، وفى الحالة الأخرى التى يجب فيها تطبيق قانون أجنبى " قانون المورث" هنا يأتى الحديث عن الدفع بالنظام العام، ولكن الأمر يحتمل أحد فرضين : الأول : أن يكون الزوج الباقي على قيد الحياة مصرياً وقد يكون أجنبياً ففى الفرض الأول وحيث يكون المورث [الزوج الباقي على قيد الحياة] مصرياً فإن النظام العام يتدخل بصورة شاملة فى أى تعارض بين هذا القانون الواجب تطبيقه وبين أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بأن كانت الوارثة زوجة وكان القانون الأجنبى " قانون المورث " لا يعطيها شيئاً من الميراث أو يعطيها كل التركة وأعتقد أن هذا مما لا ينبغى الخلاف عليه، وأن المقتن قد استثنى من قوانين الزواج الحالة التى تكون الزوجة أو الزوج فيها مصرياً ليتم إعمال القانون المصرى وحده، فإن لم يفعل هذا فى الموارث اعتماداً منه على الدفع بالنظام العام المنصوص عليه فى المادة 28 من القانون المدنى، وهذا ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية فقد قضت بأنه : " يدل النص فى الفقرة الأولى من المادة 875 مدنى والمادتين الأولى والرابعة من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943م على أن الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل الموارث المتعلقة بالمصريين مسلمين وغير مسلمين، داخلاً فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم فى الإرث وانتقال التركة إليهم " (1)

(1) الطعن رقم 138 لسنة 62 قضائية - أحوال شخصية - جلسة 11 / 3 / 1996م
المستشار / حسن منصور المحيط فى شرح مسائل الأحوال الشخصية - ناز الحامعة
الجديدة بالإسكندرية - 1997م - ص 147 .

أما حيث يكون اختلاف القانون الأجنبي عن القانون المصري منحصرًا في بيان مراتب الورثة أو تحديد أنصبتهم أو قواعد الحجب والحرمان فهل يعد هذا القانون بهذه المخالفة متعارضاً مع النظام العام المصري ؟

فلو كان القانون المعنى يجعل نصيب الزوج الباقي على قيد الحياة أقل أو أكبر مما هو محدد في أحكام الشريعة الإسلامية سار خلاف في الفقه والقضاء بخصوص تطبيق القانون التركي على مواريث الأتراك في مصر على عهد المحاكم المخططة، فقد ذهب اتجاه في الفقه المصري تسانده بعض أحكام القضاء إلى أن مثل هذا الاختلاف لا يمثل خرقاً للنظام العام المصري .⁽¹⁾ ذلك لأن النظام الاجتماعي المصري لا يمكن أن يتأثر لأن بنت المتوفى حصلت على نصيب مواز لنصيب ابنه وليس ثمة مصلحة للجماعة المصرية في أن تفرض على البنت نصف نصيب الولد، كما أن قاعدة الذكر مثل حظ الأنثيين ليست أمرة لأن الشريعة أباحت خرقها بالوصية، وتجاوز المقتن المصري عنها بالنسبة لغير المسلمين، كما أن قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى مقررة في عامة التشريعات الوضعية فلا يمكن للقضاء المصري مع ذلك أن يستبعد كافة القوانين⁽²⁾ وقد قضت محكمة مصر الابتدائية بأن : " مجرد الاختلاف في الأنصبة ما بين

= عبد العال - دراسات الإمارات ... ص256، د/ محمود مصلحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ص445 .

(1) القول بهذا الاتجاه د/ حامد زكي - مواريث الرعايا الأتراك ص650 وما بعدها ويسانده ويتابعه د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول تنازع القوانين 2004 - ص267، 268، د/ هشام صادق تنازع القوانين ص627، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون ص243 .

(2) حامد زكي - مواريث الرعايا الأتراك - ص650، 651 .

وقضى أيضاً بأنه إذا كانت أحكام المواريث تستند إلى نصوص قطعية الثبوت والدلالة وبينها القرآن الكريم بياناً محكماً ... فإنها تعتبر بذلك متعلقة بالنظام العام لصلتها الوثيقة بالدعائم القانونية والاجتماعية المستقرة في ضمير المجتمع بما يتمتع معه التحايل عليها أو تبديلها مهما اختلف الزمان والمكان ومن ثم يكون لذوى الشأن إثارة ما قد يخالف هذه الأحكام سواء في صورة دعوى مبتدأة أو في صورة دفع⁽¹⁾ ومن هنا فإن قيام القانون الأجنبي على أية مخالفة لأحكام القانون في المواريث يقتضى إعمال الدفع بالنظام العام ومن ثم استبعاد المخالف منه حيث إن الوارث هنا من الزوجين مصري ومسلم . ولئن لم يفلح الدفع بالنظام العام هنا فقد تقرغ من معناه وصلته فهو في الأصل لصيق بوجود عنصر وطني في أى علاقة من باب أولى .

أما إذا لم يكن في العلاقة مصري وكانت بين مسلمين وتوفى أحدهما وترك الآخر، فإن قانون المورث الذي ينطوى على إهدار لموانع الإرث كأن يبيح توريث الزوج القاتل لزوجته من تركتها، فإن الفقه المصري متفق على اعتبار مخالفة القانون الأجنبي لأحكام موانع الميراث وشروطه في القانون المصري [الشريعة الإسلامية] مخالفة تقتضى استبعاده دفعاً بالنظام العام .⁽²⁾

(1) الطعن رقم 138 لسنة 62 قضائية - جلسة 11 / 3 / 1996م - المحيط ص147 .

(2) انظر في الفقه المصري : د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون الدولي ص322، د/ أحمد سلامة - علم قاعدة ص946، 947، د/ محمد كمال فهمي - أصول ص569، 570، د/ جابر عبد الرحمن - تنازع ص456، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون ص243، د/ عكاشة=

القانون الأجنبي والقانون المصري لا يجعل من الأول مخالفاً للنظام العام في مصر وأن القول بتطبيق القانون المصري في هذه الحالة من شأنه هدم قاعدة الإسناد الواردة في المادة 17 مدني خاصة وأن أحكام الشريعة تجيز حرمان بعض الورثة أو إنقاص نصيبهم بتصرفات مشروعة كالهبة والوصية " (1)

ويمكن أن يضاف إلى فقه هذا الاتجاه ما يقرره القانون الإيراني من توريث (2) الزوجة من المنقولات فقط وعدم توريثها من العقارات، ولأنه مخالف لأحكام القانون المصري الذي جعل المرأة وارثة من المنقولات والعقارات. فما يقرره القانون الإيراني وطبقاً للاتجاه المائل لا يخالف أحكام القانون المصري خاصة وأن هناك عرفاً في المجتمع المصري وفي بعض المناطق الجغرافية على توريث المرأة كنهج القانون الإيراني. (3)

وعلى النقيض من الاتجاه السابق قام اتجاه في الفقه المصري رافضاً ما انطوى عليه الاتجاه الأول (4) باختلاف القانون الأجنبي عن القانون المصري في تحديد مراتب الورثة يرتطم باعتبارات النظام العام المصري

(1) في 4 نوفمبر 1952م القضية رقم 177 لسنة 1951م وقد أشار إليها د/ عز الدين

عبد الله - اتجاهات القضاء في تطبيق قواعد الإسناد في مواد الأحوال الشخصية - مجلة القانون والاقتصاد - السنة 24 - ص 89 .

(2) سبق بيانه في موضع سابق في الفصل الأول من الباب الثاني .

(3) وخاصة في المناطق الريفية التي تغلب فيها قواعد العرف والعادة على أحكام الدين أحياناً .

(4) أحمد سلامة - علم قاعدة التنازع - ص 949، 950، د/ محمد كمال فهمي -

أصول ص 570، د/ محمود صلاح الدين مصيلحي، د/ صلاح الدين جمال -

مبادئ ص 451، د/ عز الدين عبد الله اتجاهات القضاء ص 949،

د/ عكاشة عبد العال - دراسات ص 256، 257 .

لثبوت عدم التسوية بين الذكر والأنثى عملاً بديل قاطع في الإسلام. وذلك لأن النظام العام في مصر في خصوص الأحوال الشخصية قائم على الشريعة الإسلامية. (1)

وقد سارت محكمة النقض المصرية على هذا الاتجاه، فمن ذلك قضاؤها بأن: " محكمة الموضوع لم تخالف القانون حين استبعدت أحكام القانون الفرنسي في شأن توزيع تركه فرنسية مسلمة وطبقت أحكام الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث المستقاة من القرآن الكريم، وذلك بأن أحكام الموارث الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية تعتبر في حق المسلمين من النظام العام في مصر، إذ هي وثيقة الصلة بالنظام القانوني والاجتماعي الذي استقر في ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها وتغليب قانون أجنبي عليها بما لا يسع القاضى الوطنى معه أن يتغلب عنها ويطبق غيرها فى الخصومات التى ترفع إليه متى كان المورث فيها من المسلمين " (2) والواقع

(1) د/ محمود مصيلحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ص 450 .

(2) نقض 27 مايو 1964م - مجموعة أحكام النقض المكتب الفني - س 15 - العدد

الثاني - ص 727 نقلاً عن د/ كمال فهمي - أصول - ص 570 . و د/ أحمد سلامة

- علم ص 949، 950، وانظر أيضاً مجموعة الأحكام الصادرة عن قضاء

النقض حديثاً تأييد لهذا الاتجاه وخاصة الطعن رقم 1392 لسنة 50 ق أحوال شخصية

جلسة 135 في يوم 5 / 2 / 1984م السنة 35 ع 1 قاعدة رقم 75 ص 380 .

الطعن رقم 44 لسنة 40 قضائية جلسة 29 / 1 / 1975م السنة 25 ع 1 ص 284،

الطعن رقم 56 لسنة 52 ق جلسة 14 / 6 / 1983م - السنة 34 ع 2 قاعدة رقم

281 ص 1429، الطعن رقم 203 لسنة 62 ق جلسة 25 / 3 / 1996م، انظر

المستشار / حسن منصور - المحيط ص 139 وما بعدها .

أن هذا الاتجاه هو الراجح⁽¹⁾ والقول بغيره إنما يفتقر على حكم بالهرى، وأن الحجج التي ساقها أصحاب الاتجاه الأول واهية، كما أن العرف المذكور في المجتمع المصري عرف فاسد لا تعويل عليه لأنه يعارض نصوصاً قاطعة، كما أن تحديد نصيب الزوج والزوجة من الميراث محل إجماع من الفقهاء⁽²⁾

الفرع الثاني

إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة.

من المتصور أن يكون الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة ولا يقبل العكس، سواء في ذلك أكان أحدهما وطنياً أم لا، فقد يتزوج مسلم سعودي من فرنسية نصرانية، أو يتزوج مسلم أمريكي من بريطانية نصرانية أو يهودية ويموت أحدهما ويعرض تقسيم التركة على القضاء المصري، والمعلوم أن القوانين الغربية كالقانون الفرنسي لا يقيم وزناً في الموارث لاختلاف الدين بين الزوجين، فلو كان القانون المشار إليه طبقاً لقاعدة الإسناد بالمادة 17 مدني مصري تشير إلى قانون أجنبي يورث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة أو يورث الزوجة غير المسلمة من زوجها المسلم، فإن الدفع بالنظام العام يكون في محله، وذلك محل اتفاق بين فقهاء القانون في مصر.⁽³⁾

(1) انظر في ترجيحه د/ أحمد سلامة - علم قاعدة ص 949، 950، د/ محمود مصباحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ص 451
(2) انظر في هذا الإجماع - ابن المنذر - الإجماع بند 289، 290، 291، 292 - ص 67

(3) جابر عبد الرحمن - تنازع حيث يشير إلى المادة 6 من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943م والتي تقول: " لا تورث بين مسلم وغير مسلم " - ص 456.

وعلى مثله قضت محكمة النقض المصرية وذلك بمناسبة دعوى مرفوعة من لبنانية مسيحية ضد ورثة زوجها اللبناني المسلم وقالت المحكمة: " بأن اختلاف الدين يعد مانعاً من موانع الميراث " ولئن كانت مسائل الموارث - تخضع لنص المادة 17 مدني مصري وهو القانون اللبناني إلا أن ذلك مشروط بعدم مخالفة النظام العام والآداب في مصر وفقاً لما تقتضيه المادة 28 مدني مصري، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم أن المتوفى لبناني الجنسية فيكون القانون اللبناني هو المرجع في تحديد ورثته ولما كانت المطعون عليها مسيحية الديانة، ومن ثم تختلف ديانة عن المتوفى وكان المقرر وفقاً لنص المادة السادسة من قانون الموارث رقم 77 لسنة 1943م أن اختلاف الدين من موانع الميراث وهي بدورها من القواعد الأساسية التي تستند إلى نصوص قاطعة في الشريعة الإسلامية وبالتالي تدخل في نطاق النظام العام ويمتنع معها تطبيق قانون آخر قد يأتي بحكم مخالف لها فإنه إذا كان الحكم المستأنف قد قضى بغير ذلك فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون بما يستوجب نقضه "⁽¹⁾

د/ عكاشة عبد العال - دراسات ص 256، د/ أحمد سلامة - علم ص 947، د/ عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - ط 6 - ج 2 - بند 112، د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون ... ص 322، د/ محمود مصباحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ص 445
(1) مجموعة أحكام النقض 1979م - الطعن رقم 10 لسنة 48 أحوال شخصية السنة الثلاثون - ص 722 وما بعدها، نقلاً عن د/ أحمد سلامة - علم ص 948

إذا كان الزوجان غير مسلمين وأجنبيين

إذا كان الزوج والزوجة كلاهما غير وطني، ولا يدينون بالإسلام، وكان لهما بمصر صلة إقامة أو كانت مصر هي موقع العقار (إذا انصب الميراث على عقارات)، ولجأ أحد الزوجين إلى القضاء المصري طالباً نصيبه في الميراث من زوجه المتوفى، وكان القانون الواجب تطبيقه قانوناً أجنبياً، فما هو معيار مخالفته للنظام العام المصري هنا ؟

في الواقع أن معيار الدفع بالنظام العام في الصورة الماثلة في مصر لا يخرج عن ذات الإطار الذي يعمل به في كافة الدول المتعدية .⁽¹⁾

ويمكن وضع معيارين للدفع بالنظام العام في ميراث الزوجين في الصورة الماثلة :-

الأول :- يستبعد القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد الوطنية إذا كان يقيم تفرقة في الميراث على أساس اللون أو الجنس أو الأصل العرقي⁽²⁾

فمن قبيل الأسس التي تبني على اعتبار اللون، التفرقة في الميراث بين البيض والسود، ومن قبيل الأسس التي تقوم على الجنس التمييز بين

- (1) كما هو المعيار في فرنسا مثلاً وقد سبق عرضه تفصيلاً .
(2) وهو محل اتفاق لدى الفقه : د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ص 267 د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال - دراسات ص 256، د/ أحمد سلامة - علم ... ص 947، د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون ... ص 243، د/ جابر عبد الرحمن - تنازع ... ص 456، د/ محمود مصباحي، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ... ص 445

إذا كان الزوجان غير مسلمين وأحدهما مصرياً .

لو كان المورث المتوفى مصرياً فلا إشكال لأن القانون المعنى هنا هو القانون المصري ولا حديث عن النظام العام . ولو توفى أحد الزوجين وكلاهما من غير المسلمين وكان الباقي منهما على قيد الحياة مصرياً، فإن كان قانون المورث الأجنبي هو الواجب تطبيقه هنا، فإن الدفع بالنظام العام يتمثل في مصلحة هذا الوطني فكلاً شكلاً القانون الأجنبي الذي عينته قاعدة الإسناد اعتداءً على نصيب الطرف المصري أو إنتقاصاً له عن مثيله في القانون المصري، أو حرماناً من الإرث، فإن الدفع بالنظام العام ومن ثم استبعاد القانون الأجنبي يكون محل اعتبار وقيام الدفع بالنظام العام على المصلحة الخاصة بالوطني ركيزة أساسية في تكريس القانون لهذا الدفع، ولا يتعارض معيار المصلحة هذا مع أحكام القانون .⁽¹⁾ وذلك مع مراعاة أن قانون الموارث المصري هو قانون ذلك الوارث غير المسلم نظراً لتوحيد الاختصاص القانوني الداخلي بمسائل الموارث بين المسلمين وغير المسلمين، وأن الشريعة الإسلامية هي المعول عليه في تحديد الوارثين ومقدار ما يرثون في مصر .

- (1) وخاصة المادة السادسة من القانون رقم 77 لسنة 1943م والتي تقضي في عجزها قائلة : " ولا يمنع اختلاف الدار بين غير المسلمين [من الميراث] إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها، وكذا المادة الأولى من القانون رقم 25 لسنة 1944م " على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته في حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث أن يتفقوا على أن يكون التوريث طبقاً لشريعة المتوفى " الوقائع المصرية في 27 مارس سنة 1944م - العدد 38 .

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

إن الفوارق بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى المسألة المعروضة آنفاً قليلة وتكاد تكون معدومة أو عديمة وذلك بسبب أن القانون فى مسائل الموارىث هو الشريعة الإسلامية، ولما كانت أحكام الموارىث كلها مبنية على أحكام الموارىث فى الإسلام فلا يوجد من ثم فوارق بين القانون والفقه الإسلامى فى هذا المجال، ويمثل الدفع بالنظام العام مع تفعيل المعروض فى المطلب الثانى وفى الصور الأربع المعروضة تحديد طيب للدفع بالنظام العام فى مجال الموارىث عامة، وفى موارىث الزوجين خاصة، فمتى كان الزوجان مسلمين فأى مخالفة قانونية من القانون المشار إليه بقاعدة الإسناد يمثل خرقاً لقواعد الموارىث فى الإسلام المحكمة وبالتالي يدفع فى مواجهته بالنظام العام الذى يمنع من ثم إعماله، وكذلك إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة تغليب لأحكام الإسلام كما هو المنهج المتبع لدى الفقه الإسلامى فى تغليب تطبيق الشريعة على أى علاقة فيها طرف مسلم، أما الحالة التى يكون فيها كلا الزوجين من غير المسلمين ولكن أحدهما مصرياً، فإن المصلحة هى المعيار فى الحالة الماثلة فإذا ما كان القانون الأجنبى الذى عينته قاعدة الإسناد يضر بحقوق الطرف المصرى ضرراً كبيراً امتنع القاضى المصرى عن إعماله وإعمال أحكام الموارىث فى الشريعة الإسلامية.

وفى الحالة التى يكون فيها الزوجان من الأجانب غير المسلمين فإن الدفع بالنظام العام يشمل فى عدم قبول التفرقة العنصرية أو الجنسية وعدم قبول إهدار كيان وكرامة الإنسان.

الورثة بسبب الذكورة والأنوثة كحرمات البنات من الميراث أو جعل الميراث كله للذكور أو الابن الأكبر، ومن قبيل الأسس العرقية التمييز بسبب الأصل العرقى كالتمييز بين الأصول والمهاجرين، أو التمييز بين الأصول الغربية والإفريقية.

الثانى : ويمقتضى هذا المعيار يستبعد القانون الأجنبى الذى أرشدت إليه قاعدة الإسناد مادام أن الزواج الذى تم فى ظلاله كان باطلاً بطلاناً مطلقاً بمقتضى الشريعة الإسلامية بذات التحديد الذى قرره الفقهاء فى منع توريث غير المسلمين بالأنكحة الباطلة بطلاناً مطلقاً⁽¹⁾ كزواج المثلى، أو الزواج بالمحارم كالأم والأخت والبنات، فقد قرر الفقهاء منع التوارث عن مثل هذه الأنكحة، وذلك رعاية للكرامة الإنسانية بصرف النظر عن الدين والمعتقد، وبالحق فهذا واجب الإعمال فى مصر. ومن ثم استبعاد القانون الأجنبى، وإعمال القانون الوطنى طبقاً للراجع من مذهب أبى حنيفة والذى وكما سبق يمنع التوريث من مثل هذا النكاح، وإنما أجاز أبو حنيفة التوارث من الأنكحة الفاسدة فى ابتدائها مثل الزواج فى العدة والزواج بدون شهود وبدون ولى وقد سبق بيان ذلك بالتفصيل. ويصح أن يطلق على هذا المعيار، معيار المساس بالكيان الإنسانى وكرامته.⁽²⁾

- (1) وقد سبق الحديث عن ذلك عند الحديث عن القانون الواجب التطبيق على الموارىث.
- (2) ويفهم من هذا قول الفقه المصرى باستبعاد القانون الأجنبى الذى يقضى بتوريث القاتل لمورثه، واستبعاد القانون الأجنبى الذى يورث ابن الزنا من أبيه، وتوريث الابن الطبيعى أو بالتبنى من المتبنى. انظر فى الفقه المصرى : د/ جابر عبد السرجس - تنازع ص 456، د/ إبراهيم أحمد - القانون ص 243، د/ هشام صادق - الموجز ص 284، د/ أحمد سلامة - علم قاعدة ... ص 947، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ... ص 267 د/ محمود مصيلحى، د/ صلاح الدين جمال - مبادئ ص 445، 446

المبحث الثاني

استبعاد القانون الواجب تطبيقه على آثار الزواج دفعاً بالنظام العام

قد ترشد قاعدة الإسناد إلى قانون أجنبي في آثار الزواج في علاقة زوجية ليس فيها طرف مصري، وقد يأتي هذا القانون المستند إليه متعارضاً مع النظام العام في مصر فما هي إمكانية الدفع بالنظام العام في آثار الزواج؟

وأقسم هذا المبحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول

في القانون المصري .

في الواقع أن المقتن المصري بنصه على الاستثناء المقرر لصالح القانون المصري في منازعات الزواج بالمادة 14 من القانون المدني، قد قلل من فرص استخدام الدفع بالنظام العام حيث إنه غالباً لا تخلو العلاقة في آثار الزواج من طرف مصري [زوجاً أو زوجة]، وهذا أيضاً ما جعل الفقه المصري في غالبه يعزف عن الحديث عن الدفع بالنظام العام في آثار الزواج⁽¹⁾ بل إن بعض الفقه ليعترض على هذا الاستثناء بالمادة 14 قائلاً فإن

(1) انظر على سبيل المثال : د/ هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون ص 269 وما بعدها، د/ فؤاد رياض، د/ سامية راشد - أصول ص 212 وما بعدها، د/ أحمد سلامة - المختصر في العلاقات الخاصة الدولية - ص 249 وما بعدها .

في الدفع بالنظام العام ما يقنى عنه⁽¹⁾

ولكن يبقى للدفع بالنظام العام مجال في آثار الزواج التي ينظمها قانون الزوج وقت الزواج مادام كان قانوناً أجنبياً وتعارض مع النظام العام والآداب في مصر ومن هذا القبيل أن يعفى ذلك القانون من تجنب عليه النفقة [الزوج أو الزوجة] من دفعها للطرف الآخر رغم توافر شروط وجوبها أو إذا ما كان هذا القانون لا يعترف عند تقدير النفقة بظروف يسر أو افتقار الدائن والمدين بها، أو إذا ما كان يعفى أى من الزوجين من مساكنة الآخر، أو من واجب الطاعة قبل الآخر⁽²⁾.

وعلى كل حال فالالتزام بالنفقة على سبيل المثال أوجه أبو حنيفة حتى رغم بطلان الزواج، ومن ثم فإن احتمالات الدفع بالنظام العام في مواجهة آثار الزواج قليلة، ويمكن وضع معيار للنظام العام في آثار الزواج بأنه كل حالة تشكل مساساً بكرامة أو حرية أو إنسانية الزوجين وذلك بعيداً عن التقيد بقيود دينية أو مذهبية أو سياسية . ويستثنى من هذا أيضاً القانون الأجنبي الذي يجيز الزواج بين المسلمة وغير المسلم وذلك بإدخالها

(1) د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة - القانون : حيث يقول : " وعلى هذا النحو يبدو لنا أن المشرع جانبه التوفيق في المادة 14 مدني فقد رأينا أن فكرة النظام العام كانت كفيلة في ذاتها لإدراك الغاية التي حاول المشرع تحقيقها من خلال المادة المذكورة، بل إن النص المتقدم يقف عاجزاً عن تحقيق الهدف المتطلب في فروض أخرى لا يتأتى إدراكه فيها بغير وسيلة النظام العام - ص 294 .

(2) انظر : د/ أحمد سلامة - علم قاعدة ص 825، 826، 827، د/ جمال الكردي - دروس في القانون الدولي الخاص - النظرية العامة للقانون الدولي - تنازع القوانين - ط 2 - 1998، 1999م - ص 332 .

المطلب الثاني

الدفع بالنظام العام في آثار الزواج في فرنسا .

يعد النظام العام ضرورياً بالنسبة للعلاقات الشخصية للزوجين حيث يحتاج به على تطبيق القوانين التي تعفى الزوجين من الالتزام بالملاشرة، أو برفض تقرير نفقة للزوجة، أو برفض إلزام الزوجة بمتابعة الزوج كما أن القانون الذي يقرر الالتزام بالملاشرة الزوجية مع العديد من الزوجات يتعارض في فرنسا مع النظام العام⁽¹⁾، فقد صدر عن المحكمة الجزئية في فرنسا حكمٌ يقرر أن الزوج لا يستطيع أن يفرض على زوجته الأولى وجود الزوجة الثانية في منزل الزوجية وذلك لمخالفة النظام العام الفرنسي⁽²⁾

ولا يشكل العيش بصفة مؤقتة مع الزوجة الأولى تعارضاً مع النظام العام وذلك مادام قد تم بإرادة الزوجة الأولى وقبلت إقامة الزوجة الثانية هي وأولادها القصر معها⁽³⁾، والواقع أن الدفع بالنظام العام هنا لم يأت لأن الالتزام بالمساكنة أو المباشرة مخالف للنظام العام في فرنسا، ولكن جاءت هذه المخالفة من ناحية الزواج الثاني نفسه الذي يعد في فرنسا مخالفاً للنظام العام، فالنظام العام يلعب دوراً حيوياً : فلا أثر للزواج

(1) انظر لك في :

Mayen (p) , DRoit , international PRive , Montchrestien , 6E

Edition N. 6e ed 575

(2) انظر في الحكم المشار إليه :-

mamn 1965 , J . D . I . 1966 , NOTE PONSAND .

(3) انظر

- C . E . ASS . LLJUI 11 . 1985 , Rev . cnit . 1981 . 658 .

في طاعته جبراً كالقانون التركي، أو الذي يجيز زواج المتعة كالقانون الإيراني⁽¹⁾

ولا يعد القانون الذي يجعل من الالتزام بالنفقة التزاماً تبادلياً مخالفاً للنظام العام في مصر حتى ولو كان في العلاقة طرف مسلم وهو ما تأخذ به عامة القوانين الغربية، ذلك أن تقنين النفقة على هذا النحو تدخل ضمن منظومة كاملة لا يصلح فصلها وإلا تهدم بنية العلاقة ذاته .

موازنة بين الفقه الإسلامي والقانون المصري

إن الناظر للدفع بالنظام العام في مجال آثار الزواج يجده قليل الفعالية في كل من الفقه الإسلامي والقانون المصري، فإذا كان القانون المصري لم يلق بالألّ للدفع بالنظام العام في مجال آثار الزواج نظراً للاستثناء الذي وضعه ضمانه لرعاية الطرف المصري أو على الأخص الزوجة المصرية، فإن الفقه الإسلامي لم يكثر طويلاً بالدفع بالنظام العام في مجال آثار الزواج ويرجع ذلك أن الفقه الإسلامي قد توسع في المجال المسموح به في إعمال شرائع غير المسلمين في مجال أحوالهم الشخصية هذا من جانب؛ ومن جانب آخر ففند لجوء غير المسلمين إلى القاضى المسلم فإن هذا القاضى سوف يعمل فيما بينهم أحكام الشريعة الإسلامية حسماً لما بينهم في آثار الزواج، وبالتالي فالتمسك بالدفع بالنظام العام يكون غير ذي بال .

(1) / أحمد سلامة - علم قاعدة ص 826، 827، د/ جمال الكردى - دروس ص 332 .

قانون القاضى عندما تخالف الأسباب فنية القواعد الأجنبية لتحل محلها
مثيلتها فى القانون الفرنسى والتي تتعلق بصفة أساسية بالواجبات المتبادلة
بين الزوجين والتي تتعلق باختصاص قانون القاضى الوطنى . (1)

- (1) انظر
المرجع السابق بند 311 - ص 371 Dnoit, Lousswan (y)
المرجع السابق بند 152 - ص 135 وما بعدها Dnoit (A) Benabent
- Cass. Civ . 19 oct . 1971 , Rev . cn . dn int : pn . 1973 , 7
onotesimon . Depitnu .

الثانى يمكن أن يمارس رغم إرادة الزوجة الأولى وإنها تستفيد بصفة
خاصة بمفردها من النفقة الزوجية . (1)

ومن جهة أخرى فالنظام العام يتدخل غالباً بالنسبة للأعمال المخالفة
للأخلاق والآداب والثوابت الديمقراطية كالأزواج المضر " المتعدد " أو
القسمه غير الشرعية وذلك مقارنة برفض القيام ببعض الأعمال كرفض
الطلاق (2) ويقول البعض (3)

" بأن الطابع المعنوى الذى تتسم به آثار الزواج تسمح على الصعيد
الدولى بتدخل النظام العام ضد قانون أجنبى يفرض على سبيل المثال حياة
مشتركة مع زوجة أخرى أو يلزم الزوجة بالتنقل مع زوجها . ويقول آخر :
وفى المقابل تعدد القواعد الخاصة بأهلية المرأة المتزوجة متسقة مع النظام
العام الفرنسى سواء تعلق الأمر بالقوانين الأجنبية التى سلمت بأهلية المرأة
المتزوجة الكاملة قبل عام 1938م أو القوانين التى استمرت منذ هذا
التاريخ فى الاعتراف بعدم الأهلية incapacire وخارج النظام العام ينبغى
وفقاً للمبادئ العامة لتسوية النزاعات أن ينص على تدخل lalexani

(1) انظر

- C : V . INE 6 JUILL . 1988 , Baaziz , Rev . Rev . cnit . 71 :

(2) انظر :

- Loussouarn (y) Droitinternational prive , Dalloz . 5 e
editionnal prive , Dalloz . 5e edition 9996

بند 254 - ص 291 .

(3) انظر

- BERNARD AUDIT , DROIT international . PRive , EconOmica
ed, 199910

بند 615 - ص 520

المبحث الثالث

استبعاد القانون الأجنبي

في مجال جنسية الزوجين دفعا بالنظام العام

في الواقع أن الدفع بالنظام العام كان واسع المدى في مجال ميراث الزوجين وكان ضيقاً ومحدوداً في آثار الزواج، وإذا كان ذلك كذلك فإن في مجال جنسية الزوجين يكاد أن يكون منعماً، حيث إن الجنسية من المجالات التي تقتدر الدولة بتنظيمها دونما تدخل من الدول الأخرى، بيد أن بعض الفقه رأى إمكان استخدام الدفع بالنظام العام وذلك بأنه : إذا كانت القاعدة أن القاضى لا يستطيع أن يقر لشخص ما التمتع بجنسية أجنبية معينة إلا إذا كان قانون هذه الجنسية يقرها له، فإن العكس غير صحيح بمعنى أنه لا يوجد ما يحول دون رفض اعتراف القاضى بتمتع الفرد بالجنسية الأجنبية بالرغم من أن قانون هذه الجنسية يقرها له وذلك إذا كان السبب الذى بنت عليه الدولة الأجنبية رابطة الجنسية لا يقوم على رابطة جديدة تبرر انتماء الفرد إلى جماعتها الوطنية، أو إذا كان هذا السبب ينطوى على نوع من التحاليل أو يتنافى مع النظام العام فى دولة القاضى .⁽¹⁾

(1) د/ فؤاد رياض - الوسيط فى الجنسية ومركز الأجانب - دار النهضة العربية 1988م - ط5 - ص283، 284، ويتابعه فى ذلك : د/ سراج حسين أبو زيد - محاضرات فى القانون الدولى الخاص - دار النهضة العربية بنى سوف 2002 - 2003م - ج1 - ص335، 336، وانظر قريباً منه : د/ هشام صادق - الجنسية والمواطن ومركز الأجانب - المجلد 1 - منشأة المعارف بالإسكندرية - 1977م - ص285 - ويشير : د/ عكاشة عبد العال إلى أن هذا هو رأى باتيفول ولاهارد . انظر مؤلفه القانون الدولى الخاص - الجنسية المصرية - دار الجامعة الجديدة

ويرى البعض فى تأكيده لما سبق : أن الدولة تكون فى حل مما يقره غيرها من الدول من قواعد لاكتساب أو فقد الجنسية " متى كان من شأن ذلك إثارة الاستهجان فيها " ومن ثم يحق للدولة التى أثار فيها هذا القانون نفوراً عاماً ألا تعترف بالجنسية التى بنيت عليه ومن هذا الشأن يذكر : " أن يرفض القاضى فى دولة مسلمة الاعتراف بالجنسية التى منحت لمسلمة تزوجت من غير مسلم بسبب هذا الزواج " (1)

وينادى أصحاب فكرة الدفع بالنظام العام فى مسائل الجنسية بضرورة الحذر وعدم الإسراف فى استخدامهما على النحو الذى ورد به حكم المحكمة الفيدرالية السويسرية فى 14 يونيو 1946م، والتي تحصل وقائعها فى أن امرأة سويسرية كانت متزوجة فى يولية 1945م من ألماني مهاجر جرد من جنسيته لكونه يهودياً مقيماً فى الخارج وطرح النزاع أمام القضاء السويسرى حول احتفاظ هذه الزوجة بجنسيتها السويسرية أو فقدها لجنسيتها بهذا الزواج، مع العلم بأن القانون السويسرى الصادر فى نوفمبر 1941م 15 يرتب على زواج المرأة السويسرية من أجنبي زوال الجنسية السويسرية إلا إذا ترتب على هذا الزواج وجودها فى وضع عديم الجنسية، وقد رأت المحكمة السويسرية أن المرأة فقدت جنسيتها بهذا الزواج وذلك حتى لا تعترف بالقرار الصادر من السلطات الألمانية فى 25 نوفمبر 1941م بسبب قيامه على عنصرية مفرطة

بالإسكندرية - 1996م - هامش 101 - ص95 . وقد أشار أيضاً إلى د/ فؤاد رياض، ود/ هشام صادق لاحقاً إلى د/ غنايت عبد الحميد ثابت - هامش 102 - ص96 .

(1) د/ غنايت عبد الحميد ثابت - مبدأ القول فى أصول تنظيم علاقة الرعية 1990م بند 120 - ص119، وقد أشار إليه أيضاً : د/ عكاشة عبد العال - القانون هامش 102 - ص96 .

يمثل تجاوزاً كبيراً لمبدأ المساواة أمام القانون الذى يجب أن يسود بين جميع المواطنين وأن الاعتراف بالقانون الألمانى هذا مساسٌ بالنظام العام السورى .⁽¹⁾

ولكن هل يمكن للقاضى المصرى أن يتمسك بالدفع بالنظام العام فى مسائل الجنسية المتعلقة بقانون أجنبى ؟

فى الحقيقة وعلى ما يقول به بعض الفقه : أن استبعاد القانون الذى بنيت عليه الجنسية الأجنبية لا يتم أبداً بالتطبيق لقانون دولة القاضى، وإنما يتم وحسب على أساس أن القانون الأجنبى للجنسية مخالف لأحكام القانون الدولى العام، فالقانون الدولى العام وحده هو الذى يعطى للسلطات العامة فى الدولة حق تحديد عنصر السكان فيها، والقول بغير ذلك يعنى اعتداء صارخاً على حق كل دولة من الدول فى تنظيم مادة جنسيتها .⁽²⁾

ويمضى قائلاً : فإذا اكتسبت امرأة مسلمة الجنسية الفرنسية على أثر زواجها من مسيحي فرنسى، فإن اعتراف القاضى المصرى بهذه الجنسية والمفترض أنها لا تثار أمامه إلا فى صورة مسألة أولية - أمر يفرضه القانون الدولى العام ولاشك أن امتناع القاضى المصرى عن الاعتراف بهذه الحقيقة بالمخالفة لأحكام قانون دولتها يمس بحق المشرع الفرنسى فى تنظيم جنسيته، ويقتصر دور القاضى المصرى على رفض

(1) بند 143 Bernard Dutoit مشار إليه لدى د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة القانون ... 94، باتيفول، ولأجارد - ص 160 مشار إليهما لدى : د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة - القانون ص 95 .
(2) د/ عكاشة عبد العال - القانون الدولى ص 99، 100، د/ هشام صادق، د/ عكاشة، د/ حفيظة - القانون ص 97، 98 .

تطبيق قانون الجنسية الذى تحدد اختصاصه بمقتضى قواعد الإسناد متى كان مخالفاً للنظام العام فى مصر .⁽¹⁾

وقد يبدو هذا واضحاً من مطالعة قانون الجنسية المصرى الذى نص فى المادة 2/12 على الاعتراف بالزواج الباطل الذى تتزوج به مصرية بالمخالفة لأحكام القانون المصرى حيث قرر المقتن أنها تظل مصرية من جميع الوجوه ومع ذلك يجوز بقرار من وزير الداخلية اعتبارها فاقدة للجنسية إذا كانت قد اكتسبت جنسية زوجها الأجنبية بالفعل .⁽²⁾

ولكن يبقى مع ذلك الفرض الذى تكون فيه هذه الزوجة مسلمة ومصرية وتزوجت من أجنبى غير مسلم، حيث إن صلة القانون المصرى بها مؤكدة، وأن عدم الاعتراف بهذا الزواج ومن ثم آثاره على الجنسية لمخالفة النظام العام المصرى له ما يبرره فى هذه الحالة .⁽³⁾

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى

إن جوهر الجنسية مختلف فى الفقه الإسلامى عنه فى القانون المصرى، فإذا كانت الجنسية فى القانون المصرى علمانية مستمدة من القوانين الغربية فإن الجنسية فى الفقه الإسلامى قائمة على أسس دينية وواقعية هذا من جهة، ومن جانب آخر فإن الفقه الإسلامى قد يستبعد

(1) د/ عكاشة عبد العال - القانون ص 100 .
(2) د/ عكاشة عبد العال - القانون ص 102 .
(3) ولعل هذا يتفق مع فقه د/ أحمد سلامة الذى يرى أنه يحق للقاضى أن يرفض الاعتراف بالجنسية الأجنبية فى حالتين : أحدهما : إذا كانت الجنسية هذه مبنية على غير أساس جدى، والثانية : إذا كان صاحب الجنسية له الجنسية المصرية، وفى هذه الحالة الأخيرة معنى قريب من فقه الدكتور / أحمد سلامة - الميسوط - بند 1267 - ص 931، 932 .

الفصل الثالث

التخلى عن نظر الدعوى

وأثره على الاختصاص القضائي

وتنفيذ الأحكام الأجنبية وكفالة حق التقاضي

في إطار آثار الزواج

ويشتمل على ثلاثة مباحث :-

المبحث الأول : رفض التخلي .

المبحث الثاني : الاتجاه القابل بالتخلي .

المبحث الثالث : نقد وتقييم الاتجاهين السابقين .

القانون الواجب تطبيقه سواء قانون قانوناً داخلياً أو أجنبياً، وأن الفقه الإسلامي لا يقيم وزناً لقانون الجنسية إذا كان الشخص المعنى مسلماً زوجاً كان أو زوجة فالقانون الواجب تطبيقه دائماً هو الشريعة الإسلامية .

والقانون الأجنبي مستبعد في حق المسلم ولا اعتراف بالجنسية الأجنبية التي تُمنح لمسلم في مجال أعمال القانون على هذا الشخص، كذلك الرجل أو المرأة الذي يسلم منهما لاحقاً فإن قانونه القديم يستبعد لأن القانون الواجب تطبيقه حينئذ هو الشرع الإسلامي .

وهذه دعوة للمقنن المصري أن يراجع تقنين الجنسية المصري وأن يضيف عليه الطابع الإسلامي، خاصة وأن مصر بلد إسلامي، وغالب سكانها مسلمون وهذه حقيقة قد تم تجاهلها لعقود طويلة تأثراً بثقافة وفكر الاستعمار الذي لاتزال سمومه في دمائنا .

التخلي عن نظر الدعوى وأثره على الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وقدالة حق التقاضي في إطار آثار الزواج⁽¹⁾⁽²⁾

تمهيد : إن تخلي القاضى الوطنى عن نظر دعوى فى آثار الزواج بين زوجين من الأجانب، قد يؤثر على الاختصاص القضائى الدولى، ومن ثم

(1) سبب دراسة هذا الموضوع فى البحث ومدى تعلقه بالبحث ؟

جـ:

- 1- على مدى البحث أكدت على أن القاضى المسلم لا يجوز له أن يحكم بغير الشريعة الإسلامية حتى بين غير المسلمين ولما كان هذا منه تشديد على القاضى فقد رأيت أن أدرس فكرة التخلي عن نظر الدعوى كمخرج للقاضى من هذا الحرج حيث إنه محكوم بقوانين وحتى لا يثهم بإنكار العدالة وذلك فى عدة مواضع من هذا البحث هى ص 16 وتحت عنوان : الاتجاه الثالث : التوقف وبالتالي يجوز للقاضى التخلي عن الدعوى . وفى ص 231 - 232 وتحت عنوان : توريث الأجانب عن طريق القضاء الإسلامى . وفى ص 317 : تحت عنوان : القاضى وإعمال القانون المسند إليه .
- 2- إن هذه المسألة مرتبطة بموضوع البحث من الناحية الفقهية والقانونية ، فمن الناحية الفقهية لارتباطه بموضوعات البحث الثلاث فقهاً وللفقهاء فيه أقوال بمناسبة هذا الموضوع وكذا من الناحية القانونية .
- 3- إن هذه المسألة لم تأخذ ما تستحقه من الدراسة الأكاديمية وهى فكرة طيبة تصلح لبناء دراسة علمية كاملة عنها فأنصح الباحثين إلى دراستها دراسة معمقة ومتخصصة .

(2) مصطلح التخلي الذى يفيد فى اللغة الترك - لسان العرب لابن منظور - ج 14 - ص 239 ، مختار الصحاح للرازي - ج 1 - ص 79 ، المعجم الوجيز 1995م - ص 209، 210، وهو مصطلح درج عليه لسان القانون الدولى الخاص، وهو يفيد ترك القاضى للدعوى، ويقابله فى لغة الفقه الإسلامى تخيير القاضى

حق التقاضى من ناحية أخرى كان هذا الارتباط سبباً مرجحاً لأن أختتم دراستى هذه بهذا الموضوع .

ولكن ما مدى تأثير هذا التخلي على الاختصاص القضائى الدولى ؟

وما مدى تأثيره على تنفيذ الأحكام الأجنبية فى مصر ؟

يتضح هذا التأثير ومداه عند دراسة الاتجاهات فى التخلي وذلك فى إطار القانون الدولى الخاص والفقه المقارن وذلك فى المباحث التالية :-

المبحث الأول : رفض التخلي عن نظر الدعوى .

المبحث الثانى : قبول التخلي عن نظر الدعوى .

المبحث الثالث : النقد والتقييم للاتجاهين السابقين .

يترك أثراً على تنفيذ الأحكام الأجنبية المراد تنفيذها على التراب الوطنى، وقد يؤدى فى النهاية إلى إنكار العدالة المكفولة بمقتضى العهود والمواثيق الدولية⁽¹⁾ ويؤدى إلى الانتقاص من حالات الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية⁽²⁾

ومن هذا الارتباط بين موضوع التخلي عن نظر الدعوى وبين آثار الزواج من ناحية، والاختصاص القضائى وتنفيذ الأحكام الأجنبية وكفالة

(1) فمن ذلك ما نصت عليه المادة الثامنة من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان عام 1948م بقولها : " لكل شخص الحق فى أن يلجأ إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال اعتداء على الحقوق الأساسية التى منحها له القانون " كما نصت المادة 14 من الاتفاقية الدولية للحقوق السياسية والمدنية التى أقرتها الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1966م على أن : " جميع الأشخاص متساوون أمام القضاء لكل فرد الحق وفى محاكمة عادلة وعلمية بواسطة محكمة مختصة " وعلى مثله نص الدستور المصرى فى المادة 68 . انظر بالتفصيل المناسب : د/ محمد فتحى عثمان - حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والفكر القانونى الغربى - ط 1 عام 1402هـ / 1982م - دار الشروق - ص 128 .

وفى الفقه الغربى انظر :-

1985 ، Gertoma . ed the Italian - lebal system . (G . L .) ، London . p 108 .

(2) حيث تختص المحاكم المصرية بمنازعات الزوجية طبقاً للمعايير التالية :

(1) متى كان الزوج أو الزوجة مصرياً ومدعاً عليه .

(2) متى كان أحد الزوجين أجنبياً متوطناً أو مقيماً فى مصر ومدعاً عليه .

(3) متى كان أحد الزوجين مدعى مصرى الجنسية أو متوطن بمصر، وكان القانون المصرى واجب التطبيق، أو المدعى عليه غير معلوم له موطن فى الخارج .

(4) إذا نشأت الزوجية أو كانت واجبة التنفيذ فى مصر .

(5) فى حالة خضوع الزوجين لولاية القضاء المصرى اختيارياً

المبحث الأول

رفض النخلى عن نظر الدعوى

ويقوم منطق الاتجاه المائل على أن ضوابط الاختصاص القضائى الدولى تتعلق بالنظام العام ومن ثم يتمتع على القاضى الوطنى أن يتخلى عن هذا الاختصاص مادام كان فى حالة من حالات ذلك الاختصاص .

والاتجاه المائل يتضح منطقته من خلال عرض فقه هذا الاتجاه وتحليل آرائه وأدلته، وذلك فى إطار الفقه الإسلامى والمصرى وذلك فى المطلبين التاليين :-

المطلب الأول

فقه الاتجاه المائل .

وأعرض هنا لآراء الفقه الإسلامى بهذا الشأن ثم الفقه المصرى .

الفرع الأول

الفقه الإسلامى

حيث قام اتجاه عريض فى الفقه الإسلامى يرى أن القاضى المسلم غير مخير فى شأن الحكم بين غير المسلمين أو الإعراض عنهم وأنه ملزم بالحكم بينهم وقد قال بهذا الاتجاه جمع من فقهاء الإسلام على تفاوت بين فى مداه، إذ يراه ابن حزم : أن القاضى المسلم يحكم على اليهود والنصارى والمجوس بحكم أهل الإسلام فى كل شيء رضوا أم سخطوا تداعوا إلى القاضى المسلم أو لم يفعلوا ولا يحل ردهم إلى حكم دينهم ولا

إلى حكمهم أصلاً⁽¹⁾ وابن حزم بهذا فى قمة هذا الاتجاه، والحنفية⁽²⁾ وأحد القولين عند الشافعية⁽³⁾ وينسب لابن عباس والحسن وعكرمة ومجاهد والزهرى والسدى وعمر بن العزيز⁽⁴⁾ حيث قالوا بوجوب الحكم بين غير المسلمين إذا تداعوا إلى القاضى المسلم .

(1)المحلى بالآثار - تحقيق الشيخ / أحمد محمد عساكر - لجنة إحياء التراث العربى - دار الأفاق الجديدة - ج 9 ص425 .

(2)انظر : الطحاوى - مختصر اختلاف العلماء - دار البشائر الإسلامية 1996م - ط 2 - ج3 ص390 وما بعدها - أبى اسحاق بن عبد الرقيق - معين الحكم على القضايا والأحكام - تحقيق : د / محمد بن قاسم بن عباد - دار الغرب الإسلامى - ج2 ص637 وما بعدها - الخصاف - شرح أدب القاضى - شرحه الإمام عمر بن عبد العزيز - دار الكتب العلمية - بيروت ص495 وما بعدها - الجصاص - أحكام القرآن - تحقيق محمد الصادق قمحاوى - دار إحياء التراث العربى 1985م / 1405هـ - ج4 - ص87 .

(3)الأم - ج 5 ص50 ،، الماوردى - الحاوى الكبير ج9 ص306 ،، الشربىنى - مغنى المحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج - دار الكتب العلمية - بيروت ج4 ص329 ،، الكوهجى - زاد المحتاج بشرح المنهاج - ج3 ص244 ،، الغزالى - الوسيط فى المذهب - المجلد الخامس - ص138 ،، القزوينى - العزيز شرح الوجيز دار الكتب العلمية بيروت - ج8 ص103

(4)القرطبى - الجامع لأحكام القرآن الكريم - ج6 ص186 - الجصاص ج4 ص87 ،، الرازى - مفتاح الغيب - مجلد 6 - ج 11 ص242 ،، المراغى ج4 ص120، 121، وهو مذهب الشيعة الزيدية المرتضى - البحر الزحار - دار الكتاب الإسلامى ج5 ص366 .

الفرع الثاني الفقه المصري .

ويقوم على هذا الاتجاه في مصر بعض الفقه، فيقوم على قمة هذا الاتجاه وفي أبعد مدى منه بالقول : بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي تتعلق بالنظام العام ودون تفرقة بين هذه القواعد جميعاً، ذلك لأنها مقررة بنصوص أمرة وقد أوردها قانون المرافعات مصدرة بلفظ " تختص " الذي يفيد الوجوب، ومن ثم فهو يرفض فكرة التخلي عن نظر الدعوى وبشدة وبصورة مطلقة . (1)

ويرى في النهاية أنه لا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في مسألة داخلية في الاختصاص القضائي للقضاء الوطني ولا يصلح اتفاق الخصوم على سلب الاختصاص من القضاء المصري لصالح قضاء أجنبي . (2)

(1) / إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون الدولي الخاص - الاختصاص القضائي الدولي والآثار الدولية للأحكام - الكتاب الأول - 1991م ج2 ص39 وما بعدها وتحسنت عنوان : مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام، ص61 وما بعدها بعنوان : سلطة القاضي في التخلي عن الاختصاص .
(2) / إبراهيم أحمد - القانون - ص76، 77، 79، 81، 82، 216، 217 ويعنونان : رفض إحالة الاختصاص في مصر . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة ص23 : ص30 .

ومن القائلين بهذا الاتجاه أيضاً من قال (1) : " بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي المصري تتعلق من حيث الأصل بالنظام العام وكقاعدة عامة مع وجود استثناءات عليها، وأنه لا يوجد اختصاص قاصر ولا مشترك ومن ثم يصل إلى رفض فكرة التخلي عن نظر الدعوى، ولا يجوز تنفيذ الأحكام الأجنبية الصادرة في اختصاص المحاكم المصرية إلا في حالات استثنائية وهي الضوابط التي بنيت على قاعدة الجنسية لضعفها، والعقود الدولية ومسائل الأحوال الشخصية .

المطلب الثاني

أدلة هذا الاتجاه

استند هذا الفريق من الفقه الإسلامي إلى أدلة من الشريعة الإسلامية كما استند رجال القانون إلى أدلة من القانون والقضاء المصري .

الفرع الأول

أدلة الفقهاء من الشريعة الإسلامية .

استدل الفقهاء القائلون بمنع التخلي بأدلة بيانها كالتالي :

أولاً : قول الله تعالى ﴿ سَمَاعُونَ لِلْكَذِبِ أَكْأَلُونَ لِمَسْحَةٍ فَإِنْ جَاؤُوكَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ وَإِنْ تُعْرِضْ عَنْهُمْ فَلَنْ يَضُرُّوكَ شَيْئًا وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ ﴾ (2) وقد جاءت الآية عامة تفيد اشتراط الترافع منهم إلينا بقوله تعالى ﴿ جَاؤُوكَ ﴾

(1) عز الدين عبد الله - القانون الدولي الخاص - 1977م - ط 8 ج 2 ص737، وكذا القانون الدولي الخاص - الهيئة المصرية للكتاب 1986م ط 9 ج 2 ص738 وما بعدها . وقد أشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ص10 : ص17 .
(2) سورة المائدة - جزء آية 42 .

وتفيد التخيير بين الحكم والإعراض عنهم، ثم نسخ التخيير بين الحكم والإعراض بوجود الحكم بينهم إذا توافعوا إلينا بقوله تعالى ﴿ وَأَنَّ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾⁽¹⁾ فكانت الآية الأخيرة ناسخة للسابقة.

ومما يؤيد النسخ المذكور ما ورد عن الحسن البصري من قوله :

«خلو بين أهل الكتاب وبين حاكمهم وإذا توافعوا إليكم فأقيموا عليهم ما في كتابكم»⁽²⁾ وما روى عن ابن عباس أنه قال : «آيتان نسختا من سورة المائدة "آية القلائد، وآية" فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرَضْ عَنْهُمْ» فكأن الرسول ﷺ مخيراً بين الحكم والإعراض عنهم وردهم إلى حاكمهم حتى نزل قوله تعالى ﴿ وَأَنَّ أَحْكَمَ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾ فزال التخيير ووجب الحكم عليهم بشريعتنا⁽³⁾

ثانياً : قالوا : بأن الذمى إذا سرق تقطع يده مثل المسلم، فيقاس عليها غيرها من الأحكام.⁽⁴⁾

ثالثاً : ما روى من كتاب عمر بن الخطاب ﷺ إلى بنى تميم وفيه أن اقتلوا كل ساحر وساحرة وفرقوا بين كل ذى رحم محرم من الجوس، وكان ذلك قبل موته بسنة⁽⁵⁾ وهو دليل على وجوب الحكم عليهم وإن لم

(1) سورة المائدة - جزء آية 49 .

(2) الأثر عن الحسن ذكره الجصاص - أحكام القرآن - ج4 ص87 .

(3) انظر في الاستدلال بهذا مراجع الحنفية والشافعية المشار إليها سابقاً وعلى وجه الخصوص الجصاص - أحكام القرآن - ج4 ص87، وتفسير الرازى ج 11 ص242

(4) المحلى - ج 9 ص425، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد - ج 2 ص394

(5) الأثر عن سيدنا عمر رواه البخارى - كتاب الجزية - باب الجزية مع أهل الذمة والحرب ص363 .

يتوافعوا إلينا⁽¹⁾ وما روى عن ابن جريج قال : فإن أهل الذمة إذا كانوا فينا فعدهم كحذنا⁽²⁾ وما روى عن الحسن البصري أيضاً فى موارث أهل الذمة قال : " يحكم عليهم بما فى كتابنا " ⁽³⁾

الفرع الثانى

أدلة فقهاء القانون .

ذكر القائلون برفض التخلّى على النحو السابق فى القانون الدولى

الخاص عدة حجج على ما يقولون :-

أولاً : إذا كانت القوانين الأنجلو أمريكية تقوم على السوابق القضائية لعدم وجود تشريع مكتوب مما يبرر الأخذ بفكرة التخلّى لديهم فإن الأمر على النقيض فى مصر لوجود تشريع مكتوب يلتزم به القاضى ولا يستطيع التهاون فيه⁽⁴⁾ بل على العكس من ذلك يشبه القانون المصرى القانون الإيطالى الذى تقضى المادة الرابعة منه بمثل هذا مع وجود الاستثناءات الثلاثة التى ذكرها صاحب الفقه المعروض آنفاً⁽⁵⁾.

ثانياً : إن الأخذ بفكرة التخلّى يتعارض مع أحكام القانون المصرى فالقنن قد ألغى صراحة الأخذ بهذه الفكرة [التخلّى] ولم يقتصر الأمر على إغفال وضع نص يقابل نص المادة 865 التى كانت تجيز التخلّى

(1) بداية المجتهد - ج 2 ص394

(2) بداية المجتهد - ج 2 ص394

(3) المحلى لابن حزم ج9 ص425

(4) إبراهيم أحمد إبراهيم - القانون ص66 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة ص23 : 30

(5) عز الدين عبد الله - القانون الدولى ط 9 ص742 - ط 8 ص743 .

ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ص10 : 17

المنازعات التي يختص بها أو التخلي عن نظرها وهو في هذه الحالة الأخيرة سيكون متقاعساً عن القيام بوظيفته .⁽¹⁾

خامساً : إن الأخذ بالتخلي سيؤدي إلى التحكم من القاضي وذلك لأن المعيار المقترح وهو انعدام القيمة الفعلية للحكم الذي كان سيصدر لو لم يتم التخلي متروك لمطلق تقدير القاضي ويتيح له سلطة تقديرية كبيرة في قبول التخلي أو رفضه .⁽²⁾

سادساً : سيؤدي إلى الإخلال بتوقعات الأطراف ذلك أن ترك أمر تقرير التخلي من عدمه بيد القاضي الذي يمكنه في أي وقت أن يتخلي عن نظر الدعوى فيعيدهم من حيث بدأوا بعد ما بذلوا من وقت وجهد ومال وهو ما يؤدي إلى تعطيل الفصل في المنازعات كما أنه يؤدي إلى إنكار العدالة في حالة عدم اختصاص أي محاكم أخرى به⁽³⁾

- (1) د/ إبراهيم أحمد - القانون ص 67 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة - الموضع السابق .
- (2) د/ إبراهيم أحمد - القانون ص 68 ، 67 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة - الموضع السابق
- (3) د/ إبراهيم أحمد - القانون ص 68 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة - الموضع السابق .

في القانون السابق بل صرح في المذكرة الإيضاحية للقانون الحالي لسنة 1968م بأن المشرع لم يشأ أن يأخذ بحكم المادة 865 والتي تجيز لمحاكم الجمهورية التخلي عن الدعوى الداخلة في اختصاصها في الحالات وبالشروط المبينة بها ذلك أن حالات عقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية الواردة في المادة 2/861 من قانون سنة 1949م هي حالات روعى فيها حماية الجانب الضعيف في الدعوى وكونه متوطناً أو مقيماً في الجمهورية .. ولا شك أن التخلي عن الدعوى يذهب بهذه الرعاية كما أن إجازة التخلي عن حالة عقد الاختصاص لتلك المحاكم على أساس القبول من شأنه إمكانية مصادرة المطلوب⁽¹⁾

ثالثاً : تواترت أحكام المحاكم المختلطة والدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف في ظل المادتين 13 ، 14 على تعلّقها بالنظام العام، ولم تتغير تلك الطبيعة بصور قانون 1949م، وقانون 1986م⁽²⁾ بما يقطع بمنع التخلي .

رابعاً : القاضي موظف عام لا يمكنه مخالفة مهام وظيفته التي هي مباشرة كل ما يدخل في اختصاصه ولا يتصور أن يكون مخيراً بين نظر

(1) د/ إبراهيم أحمد - القانون ص 66، د/ عز الدين عبد الله - القانون ط 8 ص 729، 730 - ط 9 ص 747، 748، وينتقد فكرة التخلي : د/ محمد ماجد محمود - المسؤولية عن التصادم البحري في القانون الدولي الخاص 1990 ص 608 وما بعدها

(2) د/ عز الدين عبد الله - القانون - ط 8 ص 739 وذلك بقوله : " وقد جرت المحاكم المختلطة على الأخذ بهذا الرأي إبان سريان المادتين 13 ، 14 مدني مختلط، وهذا أمر مسلم قضاء وفقهاء في الجمهورية قبل وبعد العمل بقانون المرافعات الصادر في سنة 1949 - ط 9 ص 742 .

المبحث الثاني الاتجاهات القابلة للنقل

حيث قام اتجاه كبير يتمثل في جانب من الفقه الإسلامي، وبعض الفقه الغربي وجمهرة فقه القانون الدولي الخاص في مصر، وتتنوع معالم هذا الاتجاه بعرض فقهه وحجته وذلك في المطلبين التاليين :-

المطلب الأول

فقه الاتجاه المائل.

ويظهر فقه هذا الاتجاه من فروع ثلاثة متوالية :-

الفرع الأول

القائلون به في الفقه الإسلامي.

وقد قال بهذا الاتجاه المالكية⁽¹⁾ والقول الثاني عند الشافعية

(1) ابن رشد القرطبي الأندلسي - شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد - تحقيق : د/ عبد الله العبادي - دار السلام - المجلد الرابع - ص 2314، المدونة الكبرى للإمام مالك رواية سحنون التنوخي - مطبعة الصحابة - مصر - ط 1 - ج 3 - ص 312، مختصر العلامة خليل - جواهر الأكليل - دار الفكر - بيروت - لبنان - ص 338، أبي زيد القيرواني - النوازل والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات - تحقيق / محمد الأمين بوخيزة - دار الغرب الإسلامي - المجلد الثامن - ص 238، 239، الإمام / الدردير - الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك - تحقيق / مصطفى كمال وصفي - دار المعارف - ج 2 - ص 422، أحمد بن يحيى الوترسي - المعيار المعرب - تخريج جماعة من الفقهاء - بإشراف : د/ محمد حجي - دار الغرب الإسلامي - ج 10 - ص 130، المقارنات التشريعية بين القوانين الوضعية والتشريع الإسلامي - مقارنة بين =

700

(1) وهو مذهب الحنابلة⁽²⁾ وهو مذهب بعض الشيعة⁽³⁾ حيث قالوا جميعاً : إن القاضي المسلم مخير بين الحكم أو الإعراض عند تداعى غير المسلمين إليه في مسائلهم الخاصة التي لا تدخل في نطاق ما يعرف بالنظام العام كالمقويات والحدود، والمعاملات المالية حيث يخضعون فيها على قدم المساواة مع المسلمين. والمسائل الخاصة التي يخير فيها القاضي لا تخرج عن نطاق الأحوال الشخصية السابق تحديدها.

الفرع الثاني

الوضع في الفقه المقارن

يأخذ التخلي عن نظر الدعوى صوراً متعددة في القانون المقارن، ففي حالة عدم ملائمة المحكمة للفصل في الدعوى وكانت الدعوى تتعلق بنزاع لا توجد بينه وبين الإقليم الوطني رابطة جديّة تبرر هذا الاختصاص، وكانت المحكمة الأجنبية ذات صلة قوية بالنزاع المعنى جاز للمحكمة

= مذهب الإمام مالك والقانون الفرنسي - تأليف سيد عبد الله على حسين - تحقيق مركز الدراسات الفقهية - دار السلام للطباعة - المجلد الرابع - ص 1379.

(1) الغرير - ج 8 - ص 103 - الوسيط في المذهب - مجلد 5 - ص 138، مغني المحتاج - ج 4 - ص 329، زاد المحتاج - ج 3 - ص 244.

(2) البهوتي - كشف النقاب عن متن الاقناع - عالم الكتب - بيروت 1403هـ / 1983م - ج 5 ص 116، المرادوي السعدي - الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - تحقيق / عبد الله محمد حسن إسماعيل - دار الكتب العلمية - بيروت - ج 4 - ص 235، ابن قدامة - المغني لابن قدامة - تحقيق / محمد سالم محسن، وشعيان محمد إسماعيل - مكتبة الجمهورية العربية، ومكتبة الكليات الأزهرية - ج 8 - ص 214.

(3) كالجعفرية - محمد جواد مغنية - فقه الإمام جعفر الصادق - دار الحوار - بيروت لبنان - ج 5 ص 72، 73، والإمامية : الشيخ / محمد بن الحسين الحر العاملي وسائل الشيعة - دار إحياء التراث العربي - ج 1 مجلد 9 ص 218.

701

وفي الميراث مثلاً بعد اختصاص القضاء الفرنسي دولياً طبقاً لكون فرنسا آخر موطن للمتوفى في حالة الاختلاف مع أنظمة قضائية لدول يقع في دائرتها أموال للمتوفى قد تظل تلك الحالة نصوصاً نظرية خالية من التطبيق العملي، إذ ما الفائدة من إسناد مال لصاحب الشأن مع وجود هذا المال في الخارج فكان الحكم الذي يمكن صدوره سيكون عديم القيمة نظراً لوجود هذا المال خارج الإقليم الفرنسي، وتعطى أحكام القضاء الفرنسي اختصاصاً قاصراً للنظام القضائي للدولة التي تقع فيها الأموال.⁽¹⁾

وعلى ذلك ففكرة التخلي عن نظر الدعوى القضائية الداخلة في اختصاص القضاء الوطني دولياً فكرة مبررة في الفكر القانوني الدولي وإن تعددت صورها وأشكالها.

ص 460 وما بعدها، وانظره بالتفصيل لدى د/ هشام خالد - طبيعة قواعد اختصاص القضايا الدولي وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية - مركز الإسكندرية للكتاب - 1997م - ص 120 وما بعدها

(1) - Civ . 7 janv - 1982 ، Rev - cnit 1983 87 ، note Anal

غير أن هذه القاعدة لا تمتد إلى النظام المالي للزواج Negime mar nimonie حيث أن النظام المالي للزوج أكثر أهمية من نظام الإرث على الرغم من الاتجاه المنتقد لاتفاقية لاهاي لعام 1978م .

وانظر بالتفصيل في كل ما سبق :-

- Mayen (p) . Dnoit international . p nives ، Montchmesrien
بند 800 ص 517 gedirion

الوطنية أن تتخلى عن اختصاصها بالنزاع المعنى ويرغم دخوله في الاختصاص الدولي لهذه المحكمة ويأخذ بهذا النظر القانون الإنجليزي، والاسترالي، والأمريكي⁽¹⁾

وصار القضاء الفرنسي على التقريق بين الاختصاص القاصر والمشارك، فالأول لا يصح التنازل عن الاختصاص القضائي به، والثاني يمكن التخلي عنه مادام أنه متصل بطريقة واضحة بالدولة التي رفع النزاع أمام قضائها وإذا لم يكن اختيار هذا القضاء قد تم بطريقة تتطوى على غش.⁽²⁾

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " يجب على المحكمة الاعتماد باختصاص المحكمة الأجنبية المعنية بنظر النزاع كلما كان النزاع مرتبطاً بالدولة التي صدر عنها هذا القضاء برابطة متميزة ولم يكن هناك غش من جانب رافع الدعوى شريطة عدم تعلق الأمر بحالة من حالات الاختصاص الاستثنائي للمحاكم الفرنسية.⁽³⁾

(1) انظر بالتفصيل :-

- Reter Herzog la theorie du forum non conveniens en droit Anglo - Americain, un apercu ، Revue Critique de droit international prive 1976 p . lets .

- Gutter idge ، Recueil des Cours ، 1933 p . 115 ets .

وانظر في عرضه : د/ إبراهيم أحمد - القانون - ص 640، د/ أحمد عبد الكريم سلامه - فقه المرافعات المدنية الدولية دار النهضة العربية - ط 1 - ص 310، 311

(2) هشام صادق، د/ عكاشة عبد العال، د/ حفيظة الحداد - القانون

ص 143، 144 .

(3) نقض فرنسي في 6 / 2 / 1985م

= - Cass Civ ، fev . 1985 ، Clunet 1985

الفرع الثالث

الفقه المصري

قام اتجاه كبير فى الفقه المصرى يرى جواز التغلّى عن نظر الدعوى الداخلة فى اختصاص المحاكم الوطنية دولياً، وذلك بحسب نظر كل فقيه إلى المسألة فيرى بعض الفقه⁽¹⁾ أن قواعد الاختصاص القضائى الدولى من حيث الأصل تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز للخصوم الاتفاق على سلب الاختصاص الثابت للمحاكم المصرية ولكن هذا لا يمنع المحكمة أن تتغلّى عن هذا الاختصاص وذلك فى كل حالة يتبين لها فيها أن حكمها سوف يكون عديم القيمة الفعلية، ففى حالة الخضوع الاختيارى لولاية المحاكم المصرية من الخصوم طبقاً للمادة 32 مرافعات، ليس هناك ما يجبر القضاء الوطنى على النظر فى نزاع لا يرتبط بالإقليم الوطنى على أى وجه من الوجوه وبالتالي لا تضمن الدولة كفاءة آثار الحكم الصادر فى شأنه، ومن ثم يحق للمحاكم المصرية أن تقضى بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها، مادام أن الصلة بين النزاع الذى اتفق الخصوم على طرحه أمام محاكم الدولة من جهة وبين إقليم هذه الدولة من جهة أخرى وحتى لا يخضع القضاء لأهواء الخصوم ورغباتهم غير المشروعة مادام أنه لا توجد صلة قوية تربط النزاع بالإقليم المصرى⁽²⁾.

- (1) / هشام صادق - تنازع الاختصاص القضائى الدولى - دراسة مقارنة - منشأة المعارف - 1972م - تحت عنوان : مدى جواز الخروج عن قواعد الاختصاص القضائى الدولى للمحاكم المصرية - ص 155 وما بعدها .
- (2) / هشام صادق - تنازع الاختصاص ... ص 60 وما بعدها و ص 130 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة - ص 17 : ص 23

كذلك فإن الدعوى المتعلقة بعقار واقع فى الخارج كالتى تقرر حقاً عينياً على عقار فى الخارج أو التى تتعلق بميراث لعقار واقع فى الخارج⁽¹⁾ وأيضاً متى كان المدعى مصرياً أو أجنبياً متوطناً فى مصر م 7/30 وتعلق النزاع بمسائل أحوال شخصية يصح التغلّى مادام أنه قد تعلق ذلك بعقار واقع فى دولة أجنبية⁽²⁾ وبصفة عامة يصح التغلّى متى أحست المحكمة أن حكمها سيكون عديم الجدوى لسببين : أولهما سبق رفع النزاع إلى محكمة أجنبية الثانية : ارتباط النزاع بدعوى قائمة فعلاً أمام محكمة أجنبية وبشرط أن تكون الأخيرة أقدر على حسم النزاع .⁽³⁾

ويرى فقيه آخر⁽⁴⁾ وفى إطار متابعته للفقيه السابق : "إننا نعتقد فى سلامة كثير من الاعتبارات التى تقوم عليها تلك الاستثناءات المقول بها إلى جانب غيرها مما قد يكشف عنه التطبيق العملى لنصوص الاختصاص الدولى للمحاكم المصرية ولكنه تنادياً للحرص من أن يقوم الفقه بعمل المشرع عن طريق خلق استثناءات دون سند من النصوص التشريعية، فيصح أن تدخل فى نطاق نظرية عامة للتغلّى عن الاختصاص بمقتضاها يحق للقاضى المصرى أن يتغلّى عن اختصاصه الدولى الثابت طبقاً لعموم

- (1) / هشام صادق - تنازع الاختصاص ... ص 93، 97، 107 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ذات الموضوع
- (2) / هشام صادق - تنازع الاختصاص ... ص 123 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ذات الموضوع
- (3) / هشام صادق - تنازع الاختصاص ... ص 157 . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد طبيعة ذات الموضوع .
- (4) / أحمد قسمت الجداوى - مبادئ الاختصاص القضائى الدولى وتنفيذ الأحكام الأجنبية - دار النهضة العربية 1972م - بند 141 ص 151 وما بعدها . ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة - ص 30 : ص 34 .

ويبرر بعض الفقه التخلي بأن النزاع المعنى على صلة وثيقة بالقضاء الأجنبي، وأنه ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وأن الحكم الذى سوف يصدره حال فصله فى النزاع سيكون عديم القيمة الفعلية.⁽¹⁾

ويقرر البعض أنه يحق للمحكمة المصرية أن تتخلى عن نظر الدعوى أو تحليلها للمحكمة الأجنبية المعنية كلما كانت الأخيرة هى الأقدر على الفصل فيها مع ضرورة إضافة نص تشريعى يتضمن هذا الحكم صراحة وبالشروط التالية :- 1- يجب أن يتحقق القاضى المصرى من توافر شروط صحة الشرط السالب للاختصاص عندما يتقرر التخلي بمقتضاه. 2- وأن يصدر هذا الشرط من شخص ذى أهلية كاملة، 3- وألا يوجد إنعاز من أطراف الشرط السالب للاختصاص، 4- وأن يكون النزاع عديم أو ضعيف الصلة بالإقليم المصرى وأن تكون المحكمة الأجنبية أقدر على حسم النزاع المعنى.⁽²⁾

المطلب الثانى

تحليل الاتجاه المائل " ججع هذا الاتجاه "

تتعدد الحجج التى يستند عليها أصحاب هذا الاتجاه، ومن الصواب التمييز بين نوعى الحجج فى فرعين على النحو الآتى :-

- (1) د/ عكاشة عبد العال - القانون الدولى الخاص ص 612، 613، دراسات فى القانون الدولى الخاص فى دولة الإمارات - دار الجامعة الجديدة 2000م - ص 98، 119، تنفيذ الأحكام الأجنبية بين فكرتى الاختصاص القاصر والاختصاص المشترك - مجلة الحقوق للبحوث القانونية - العدد 2 لسنة 1992م - ص 191.
- (2) د/ هشام خالد - طبيعة قواعد الاختصاص القضائى الدولى وأثرها على تنفيذ الأحكام الأجنبية - دارسة الاتجاهات فى الفقه والقضاء - مركز الإسكندرية للكتاب 1997م - ص 185، 186.

التصوص التشريعية القائمة وذلك فى ظروف معينة يقدرها فى المنازعة الدولية المرفوعة إليه وذلك بأن يبحث القاضى فى كل حالة على حدة فى إطار القيمة الفعلية للحكم الذى عساه أن يصدره ويشترط ألا يؤدى التخلي إلى إنكار العدالة ومن ثم يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض لقيامه على التجربة واحتمال الخطأ.⁽¹⁾

وتحت عنوان : حالة عدم الملائمة للفصل فى الدعوى يقول بعض الفقه⁽²⁾ : " ويمكن أن نضيف حالة عامة وهى إذا كانت الدعوى تتعلق بنزاع لا توجد بينه وبين الإقليم المصرى رابطة جديّة تبرر عقد الاختصاص وكفالة الآثار التنفيذية للحكم الصادر إذ تعتبر المحكمة المصرية هنا ليست هى أنسب المحاكم للفصل فى الدعوى،

وخلصه نظرية المحكمة غير الملائمة أنه يجوز للمحكمة أن تتخلى عن اختصاصها بنظر المنازعة ذات الطابع الدولى إذا ثبت اختصاصها بها بموجب ضابط من ضوابط الاختصاص القضائى الدولى، وذلك بالنظر إلى عدة اعتبارات تبرر التخلي عن نظر الدعوى منها : قوة وجديّة الصلة بين النزاع والنظام القانونى لدولة المحكمة، ومنها كذلك مدى لدد أو كيد رافع الدعوى، ومدى فاعلية القرار الذى ستصدره، وذلك كالحكم القاضى بنفقة أو حضانة لطفل غير موجود بالإقليم الوطنى.⁽³⁾

- (1) د/ أحمد قسمت - مبادئ ص 157، 158. ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة ذات الموضوع
- (2) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - فقه المرافعات المدنية الدولية - دار النهضة العربية - ط 1 - بند 250 ص 310 وما بعدها. ومشار إليه لدى : د/ هشام خالد - طبيعة ص 176، 177.
- (3) د/ أحمد سلامة - فقه المرافعات ص 310، 311، 312، 313.